TO DI
IATO
lova

DIPARTIMENTO DI
DIRITTO PRIVATO

ANT
A
7

Università Padova

ANT
A. 7

TO1E007103
REC 1501

DIPA
DIRI

Uni

IL DIRITTO PRIVATO NATURALE

DI

FRANCESCO NOBILE DE ZEILLER

CAVALIERE DEL REAL ORDINE DI S.° STEFANO D'UNGHERIA, I. R. CONSIGLIERE AULICO PRESSO IL SUPREMO TRIBUNALE DI GIUSTIZIA, MEMBRO DELLA COMMISSIONE AULICA DI LEGISLAZIONE, DIRETTORE DEGLI STUDJ DI DIRITTO, E PRESIDENTE DELLA FACOLTA' LEGALE NELL' UNIVERSITA' DI VIENNA.

SECONDA EDIZIONE
DELLA PRIMA VERSIONE ITALIANA
RIVEDUTA E CORRETTA.

MILANO
Presso GIOVANNI PIROTTA in contr.ª S.ª Radegonda.
A cura e spese dell' Editore.
1826.

Origines rerum, quas tractamus, rimandæ sunt illis, qui veram, nec simulatam affectant scientiam. Omnia vero etiam minutissima, quamvis prima fronte videantur inutilia, supervacua, nimisque curiose proposita, in hoc tantum studio, sed et universo jure civili perpendere, res est difficilis quidem, et tædii plena; utilissima tamen et tanti fructus, ut cogitantem de illis rebus nunquam aut laboris aut tædii pœniteat. — Apparet enim nonnunquam via et exitus in illo loco, ubi eum non quærimus.

Dubia juris naturæ.

PREFAZIONE
DELL' AUTORE.

Nella prefazione alla prima edizione di quest' Opera avevo giustificato que' motivi che m' indussero a pubblicar colla stampa un mio proprio sistema di diritto privato naturale per le mie lezioni. Poco dopo ch' ella vide la luce venni dal mio istituto chiamato ad altre occupazioni. Intanto la maggior parte de' Professori delle Università e dei Licei della Monarchia adottarono questo sistema per fondamento delle loro lezioni, e la prima edizione fu smaltita.

In questa nuova edizione lo scopo mio principale fu di prendere in considerazione le osservazioni che varj critici amichevolmente mi comunicarono, di stabilire con accuratezza maggiore alcuni principj che essendo stati con troppa concisione esposti nella prima edizione, potevano dar luogo a dubbiezze, e di giustificarne alcuni altri contro le proposte obbiezioni. Nelle ore di ozio che il mio impiego mi lascia, ritorno sempre con vero diletto ai lavori letterarj, come quelli che all'attuale mio avanzamento m'aprirono la strada, e che nell'esercisio pratico mi sono in diverse maniere vantaggiosi.

INTRODUZIONE

SEZIONE I.

Nozione del diritto e principj fondamentali della scienza di esso.

§ 1.

Fino da' primi loro anni gli uomini giudicano del *giusto* e dell' *ingiusto*. Da principio servono loro di norma in tale giudizio gl' insegnamenti ed i precetti dell' educazione, l' autorità degli altri, ed una certa propensione interna al giusto; ma quando la loro ragione a poco a poco si sviluppa, essi ne giudicano secondo le proprie idee ed i proprj principj, ed in seguito non più dipendono da estranee influenze. Allora anzi si permettono di esaminare se i precetti esistenti si potessero con diritto imporre: allora approvano come giuste, o come ingiuste condannano le proprie e le altrui azioni; allora si persuadono che tutti gli esseri ragionevoli debbano convenire almeno in que' giudizj da loro pronunziati dopo maturo esame. Dal che ben si vede che essi riconoscono un diritto anteriore a tutte le disposizioni arbitrarie, dato dalla semplice ragione; ed una norma universale ed immutabile per distinguere il giusto dall' ingiusto. Nell' investigare questa norma, ossia questa prima idea del diritto nella *natura*, cioè nella coscienza dell' uomo stesso,

nello svilupparne quindi i principj generali, e nel dedurre da questi tutti i diritti ed i doveri che agli uomini competono nei diversi loro rapporti, consiste il vero oggetto del diritto di natura, ossia, filosoficamente parlando, la dottrina del diritto.

§ 2.

L' uomo è un essere dotato di senso e di ragione. Per effetto della sua sensualità tende a procacciarsi piacevoli sensazioni ed una felicità permanente; e come ente ragionevole è sottoposto alla legge della ragione. Può, è vero, seguire gl' impulsi della sua sensualità, ed in questo modo servire meramente ai fini altrui; ma gode pure la facoltà di sottomettere la sua sensualità alla ragione; ed avendo pur anche il suo libero arbitrio, ossia la libertà di agire, può volere ed agire secondo appunto i dettami della ragione. Gli esseri ragionevoli, che hanno la facoltà di proporsi de' fini, e di occuparsi liberamente onde conseguirli, e che perciò esistono in causa de' fini stessi, chiamansi *persone*, al contrario delle *cose*, cioè degli esseri irragionevoli e privi di libertà, i quali sono destinati a servire come di mezzo al conseguimento de' fini che gli esseri ragionevoli si propongono. — Per ciò dunque ogni uomo necessariamente è persuaso di essere un ente che può agire da sè: quindi di essere una *persona* (1).

(1) « Fra tutti gli esseri della natura da noi conosciuti, dice Garvio, l' uomo è l' unico che di me-

§ 3.

L' uomo, esistendo fra gli altri esseri della sua specie, è avvertito dalla propria coscienza che se non vuol contraddire a sè stesso (§ 2), non deve trattare questi esseri come semplici mezzi pel conseguimento de' suoi fini, ma bensì come altre *persone*, quindi allorchè abbia ad esercitare delle azioni esterne che possano aver influenza sui suoi simili, non può pretendere di usare una libertà illimitata, ma deve da sè stesso imporsi que' limiti che si rendono necessarj per evitare la contraddizione predetta; ciocchè, qualora si considerino gli uomini soltanto secondo la loro essenza, come qui si fa, non può aver luogo che con una limitazione tutt' affatto eguale (1). La restrizione della li-

---

ralità sia capace, perchè egli solo di ragione e libertà è fornito; e siccome senza di queste non v' è moralità, perciò egli è certamente il solo in cui la natura possa ottenere il principale suo scopo. Ciascun uomo è fine a sè medesimo. Tutte le altre cose sono evidentemente destinate al vantaggio ed all' uso di altri esseri. Le bestie sono destinate al servizio e nutrimento degli uomini, ed in parte a quello di altre bestie. Più manifesta ancora è la destinazione delle piante pel nutrimento degli uni e delle altre, e per l' avanzamento della loro vegetazione. Ma l' uomo non esiste ad uso e vantaggio altrui, egli esiste per sè medesimo; e quand' anche vi esistesse un solo essere, com' è l' uomo, il mondo non sarebbe stato inutilmente creato ». *Principj d' etica* (Breslavia 1798, pag. 249 e seg.)

(1) Immaginiamoci una quantità d' uomini, ciascuno de' quali si permetta di fare contro gli altri

bertà di ciascun uomo stabilita di maniera che tutti possano in egual modo esistere come persone, costituisce il *diritto* preso in senso assoluto.

§ 4.

Ritenute le idee generali del diritto or ora esposte, per mezzo delle quali noi possiamo distinguere le azioni giuste dalle ingiuste, si può spiegare il principio fondamentale del diritto di natura nel modo seguente: tutte quelle azioni che non ripugnano all' idea d' uno stato sociale di esseri egualmente liberi nelle loro azioni esterne, sono giuste; e per lo contrario tutte quelle che a tale idea si oppongono, sono ingiuste, o, per meglio dire, sono lesive il diritto. Per giudicare quindi della giustizia di un' azione converrà domandare a se stesso, se alcuno la esercitasse, gli altri potrebbero egualmente presso di lui esistere come persone (§ 2). Se la risposta sarà affermativa, si

---

tutto ciò che dai loro sensi venisse suggerito. In questo vario conflitto delle loro sensuali inclinazioni sarebbero essi in una continua reciproca collisione, ovvero per assicurarsi gli uni dagli altri, dovrebbero separarsi e vivere isolati in deserti e spelonche. Se dunque vogliono vivere assieme fra loro, e liberamente agire, converrà che ognuno, attenendosi ai dettami della ragione, la quale secondo il retto raziocinio non può ammettere contraddizioni, limiti la sua libertà nell' uso esterno, almeno fino ad un certo punto in cui anche gli altri possano liberamente agire. Laonde chi vuol vivere in società deve agire in modo che possa in essa tenervi luogo.

riterrà come giusta l'azione, e come ingiusta se sarà negativa. La scienza del diritto non d'altro si occupa che dell'applicazione di questo principio fondamentale alle diverse specie di azioni ed agli oggetti nei quali si può esercitare il nostro arbitrio, e della sistematica esposizione delle condizioni sotto le quali si può immaginare uno stato sociale di esseri ragionevoli (1).

§ 5.

Se si considera il diritto (*subjective*) come un attributo di una persona, allora esso consiste nella facoltà (accordata dalla ragione col mezzo della nozione del diritto) di fare azioni giuste, cioè tutte quelle colle quali possa conciliarsi uno stato sociale di esseri liberi nelle loro azioni esterne. In questo senso il diritto secondo la ragione è un

---

(1) Può dirsi eziandio che ciascuna delle nostre azioni sia giusta quand'è compatibile colla facoltà generale di liberamente agire; e che quelle che non si conciliano colla medesima siano ingiuste. Per esempio, il conservare sè stesso, l'attendere allo sviluppo delle proprie forze di mente e di corpo, il procurarsi una sussistenza col lavoro, sono azioni giuste, perchè con queste non si attenta alla personalità, cioè alla libera facoltà di agire degli altri uomini. Per l'opposta ragione l'omicidio, il ferimento, il ratto sono evidentemente lesioni di diritto. La giusta facoltà di agire competente all'uomo è circonscritta alle sue azioni giuste, nelle quali, come verrà dimostrato in appresso, si comprende principalmente l'uso delle forze personali e de' beni esterni. V. Klein, *Dialoghi sulla libertà e proprietà*. (Berlino 1790, pag. 113.)

attributo necessario di ogni uomo; oppure, secondo la medesima, ogni uomo apparisce un essere cui compete diritto, poichè ciascuno deve riconoscersi come persona, cioè come un essere che nelle di lui azioni esterne ha quella libertà ch'è compatibile colla libertà generale di agire (§§ 2, 3). Il diritto di una persona comprende in sè quello di usare della forza, cioè d'impedire da sè colla stessa ogni lesione dei diritti. Imperocchè egli è consentaneo ai principj del diritto che l'uomo difenda la sua facoltà di agire entro i limiti dalla ragione prescritti (§ 4), e che per conseguenza allontani co' mezzi necessarj tutti gli attentati che tendono a diminuirla o a vincolarla. La lesione è un attentato all'esercizio del diritto altrui (§ 4), e la forza è sovente un mezzo necessario contro la lesione. Si ha dunque diritto di allontanare la lesione colla forza. Non si può dire che questa tenda a limitare la libertà naturale di chi lede il diritto, e che sia ingiusta, poichè col di lei mezzo non si fa che rispingere l'offensore nei giusti limiti dell'uso della sua libertà (1).

(1) Se io, p. e., trattengo colla forza l'assassino o il ladro, lo costringo soltanto a porre alla sua libera volontà limiti tali ch'io possa esistere presso di lui come un essere che liberamente agisce. In ciò poi la libera sua volontà è già limitata dalla stessa nozione del diritto, di modo che la mia forza contro di lui deve ritenersi semplicemente come l'esecuzione del diritto stesso, e non come una ingiustizia. (*Qui jure suo utitur nemini facit injuriam*). La ragione

Anzi diverrebbe generalmente valido il diritto se ogni lesione di esso venisse nel suo nascere repressa dal timore della forza. Per lo contrario il violatore del diritto non può essere autorizzato a resistere alla forza legittima ed a continuare l' offesa.

§ 6.

Pertanto all' uomo in società non competono solamente dei diritti, ma gl' incumbono eziandio dei giusti doveri. Come un ente dotato di sensi e di ragione, egli difende con diritto il giusto uso della sua libertà, e può esigere colla forza che quest' uso non gli venga limitato. È dunque necessario ch' esso accordi il medesimo uso di libertà e la stessa forza ad ogni altro uomo come un essere parimenti dotato di sensi e di ragione (1). Questa necessità

---

col mezzo del principio e poscia della dottrina del diritto, sviluppata, stabilisce ad ogni uomo i limiti del suo diritto con quello degli altri. Ciò ch' esso fa entro questi limiti determinati, si fa da lui giustamente. Egli dunque ha diritto di respingere colla forza chi gl' impedisce di agire entro i limiti medesimi. Ma se li sorpassa, ha pure luogo contro di esso il diritto di usare la forza. Convien però distinguere da questo diritto il potere fisico di esercitare la forza, il quale può spesso mancare al debole che abbia il più manifesto diritto. Quindi, come si dimostrerà in appresso, soltanto nello Stato, sotto la protezione di una forza suprema, che possa col mezzo di una coazione irresistibile, e sotto le condizioni testè indicate, limitare uno sfrenato uso di libertà, può esercitarsi efficacemente il diritto (sempre valido al cospetto della ragione), come un attributo attivo dell' uomo.

(1) Il malvagio istesso vuole per la sicurezza dei suoi proprj diritti che venga generalmente limitata la

corrispondente secondo la ragione al diritto dell' altro, chiamasi dovere di diritto (*obligatio juridica*). Quindi il sommo principio de' doveri di diritto si riduce al seguente precetto: ometti tutte quelle azioni che tendono a turbare l' altrui giusta facoltà di agire liberamente (1).

§ 7.

Quegli che a suo talento pone limiti alla giusta facoltà d' agire liberamente, che compete ad esseri ragionevoli, li tratta come semplici mezzi pel conseguimento degli arbitrarj suoi fini, toglie loro qualche cosa di ciò ch' è ad essi proprio, e turba perciò i loro diritti, anzi li viola, rendendo così presso che impossibile l' esistere in uno stato sociale con essi. Si può quindi con altri autori ridurre il principio dei doveri di diritto anche a

---

volontà in modo che niuno possa ledere i diritti altrui. Egli procura soltanto in ogni occasione di fare a ciò un' eccezione a suo favore, dal che appunto risulta che il suo modo d' agire è irragionevole ed ingiusto.

(1) Siccome questo principio indica gli universali e necessarj doveri di diritto, meritamente può chiamarsi legge (suprema) giuridica. Comunemente però sotto il nome di legge giuridica s' intende il principio fondamentale delle azioni giuste dei diritti (§ 4), poichè esso indica in qual modo tutte le azioni debbono esser conformate affinchè siano giuste. Questo principio, come fu enunziato (§ 4), non è una legge imperativa nè proibitiva, ma permissiva, che nasce dalla legge dei doveri di diritto portante proibizione, e che autorizza tutte le azioni le quali non si oppongano ai doveri stessi.

seguenti assiomi. Tratta gli altri uomini non come semplici mezzi per effettuare le tue mire arbitrarie: ommetti tutte le azioni che renderebbero impossibile lo stato di società: non ledere i diritti altrui: non offendere alcuno. E siccome a noi compete il diritto di fare tutto ciò che non sia ingiusto, così può dirsi che far si possono a buon diritto tutte quelle azioni che non siano in contraddizione coi riferiti assiomi (1). In forza dunque di tale supremo principio (§ 6) i doveri di diritto sono: 1.° Tutti quelli originariamente negativi, ingiungendo essi di non turbare i diritti degli altri, e perciò si possono adempire colla semplice omissione. 2.° Quelli che si riferiscono soltanto alle azioni esterne, dacchè con quelle dell' animo non si può offendere il diritto altrui. 3.° L'osservanza dei doveri di diritto viene assicurata mediante la minaccia della forza. Chi vuol trasgredirli può, secondo il principio del diritto, essere costretto ad osservarli senza che egli sia autorizzato a resistere alla forza (§ 5).

---

(1) Io introduco queste formole pel motivo principalmente che l'una o l'altra di esse si avvicina di più alla prova di un' assioma legale, e ne rende facile l'applicazione al principio fondamentale superiormente esposto. Del resto ognuno comprende di leggieri che gli assiomi (i quali servono di base agli antichi sistemi) di non offendere alcuno, di dare a ciascuno ciò ch' è suo, e di non violare i diritti altrui, non possono somministrare una idea precisa del diritto, poichè deve preventivamente sapersi in che consista il *suo*, o l'*altrui* diritto.

§ 8.

Per tal modo la ragione col mezzo del diritto limita la condotta esterna e reciproca degli uomini. Ma i suoi precetti si annunziano nella legge morale in maniera assai più estesa e sublime (1). La dottrina della virtù (etica, dottrina dei doveri) non solamente ci proibisce di usare dell' umana natura come di semplice mezzo, ma ci comanda eziandio di trattarla come scopo, onde promovere efficacemente i di lei fini conformi alla ragione, la nostra vera perfezione e l' universale felicità. Essa esige da noi che non s' adempiano i nostri doveri per forza o per motivi d' egoismo, ma per rispetto alla legge e per semplice nostro buon volere. Essa ci rappresenta agli occhi una vita fu-

(1) Siccome si danno generalmente diverse denominazioni ad una forza secondo le varie maniere in cui ella si mostra, perciò all' oggetto di togliere più facilmente la contraddizione che sembra nascere fra la legge giuridica e l'etica, si distinguono pure diverse funzioni della ragione. Questa in generale è la facoltà di applicare tutte le idee ed i giudizj a' principj. Il suo uso è teorico quando il suo oggetto è quello di riflettere, ovvero (come nella logica, nella matematica e nella scienza della natura) esso è pratico quando ha per oggetto la volontà, o ciò che è necessario di fare. La ragione pratica in quanto ci prefigge il modo con cui dobbiamo esternamente comportarsi a vicenda, affinchè ognuno possa tendere al suo scopo senza essere da altri disturbato, si chiama giuridica (legale); in quanto poi essa ci dà le disposizioni per dirigere tutte le nostre azioni, onde ne nasca un perfetto accordo con noi medesimi come esseri ragionevoli, si chiama ragione etica morale.

tura, nella quale l'Essere onnipotente, ognisciente, sapientissimo e santissimo saprà compartire secondo il merito la felicità, premiare la virtù e punire il vizio. Oltre i doveri verso gli altri, essa ce ne impone ancora verso Dio e verso noi medesimi, e ci presenta le sue leggi come divine, le quali date dall'Autore di ogni bene, sono perfettamente conformi al santo di lui volere (1).

§ 9.

La legge di diritto e quella morale (§ 8) derivano amendue dalla ragione. Ma esse si distinguono appunto laddove si riferiscono allo stesso oggetto in modo assai importante per la scienza del diritto. 1.° La legge di diritto non comanda che gli uomini abbiano ad entrare in uno stato sociale, poichè ella lo presuppone già fondato dal libero consenso degli uomini o da un caso fortuito; ma la legge morale stabilisce come un oggetto di dovere lo stato sociale, in cui la ragione dell'uomo si sviluppa, e le norme colle quali egli deve agire e trattare gli altri come scopo, vengono estese (2). 2.° La dottrina del diritto esterno

(1) Spiegazioni e prove più estese delle verità qui soltanto accennate si hanno dalle altre parti della filosofia.

(2) Benchè fosse giusta l'asserzione (che veramente è un paradosso) di Rousseau *(Sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes)*, che il semiuomo rozzo ed insociale vive con animo più equo, di quello che l'uomo civilizzato; non ne seguirebbe però che il vivere fuori della società

si contenta di una maniera di agire conforme alla legge del diritto (legalmente), sia esso fondato in un certo qual impulso di agire concordemente cogli altri (§ 3), o nel timore della giusta forza (§ 5), nella simpatia e nella tendenza alla vita sociale, la quale senza giustizia non potrebbe sussistere, od in qualunque altro sensuale impulso. Quegli che in tal modo si conduce è sempre un uomo giusto, con cui si può vivere di buon accordo senza temere di essere disturbato. All' opposto l'etica esige la buona intenzione, e comanda che noi adempiamo i doveri di diritto per riguardo ai medesimi, e per l'amore della virtù e della giustizia. Chi adempie a questo comando è un uomo moralmente giusto, e la causa che giustamente lo muove ad agire basta in tutti i casi a giustificare l'azione; le sue rette azioni hanno un merito morale. 3.° La legge giuridica dimostra che l'obbligazione relativa al diritto è soggetta a coazione. L'etica insegna che i doveri di diritto

---

fosse conforme alla natura e destinazione nostra. La destinazione di un essere dotato di sensi e di ragione non è già la voluttà de' bruti, ma la moralità, cioè la buona e determinata volontà di obbedire ai dettami della ragione. La ragione dell' uomo poi non si può perfezionare che in uno stato di società durevole, e per conseguenza soltanto nello stato di civilizzazione. La moralità ci rende degni della felicità; e colla morale l'uomo acquista il perfetto bene. Si confronti Mayer, *Dialoghi filosofici sull' origine della società civile e politica*. Vienna 1781.

debbono essere volontariamente adempiti (senza aver bisogno di usare della forza), e soprattutto inculca di non opporsi ai diritti altrui. Quindi il diritto, in questo senso, è sempre una facoltà morale, un potere esterno, contro cui nè la ragione giuridica, nè l'etica ammettono una resistenza esterna. In quei casi però ne' quali colui che ha il diritto deve per dovere di giustizia (per amore del suo simile) dipartirsi dal rigore del medesimo, la ragione morale (la voce interna della coscienza) lo avverte che la sua pretesa rigorosa sarebbe immorale, e che il suo diritto è bensì un potere esterno, ma non interno (1).

---

(1) Per distinguere i sopraccennati distintivi convien esaminare la pubblica amministrazione dello Stato. Il legislatore che nelle civili e criminali leggi è l'interprete e l'espositore della ragione legale, limita la facoltà sentimentale d'ogni individuo in modo che tutti i membri uniti agiscano liberamente per concorrere allo scopo dello Sato. A canto del diritto egli pone la pena comminata al violatore di esso, senza citare nel Codice i precetti della morale e della religione. Le disposizioni politiche indicano ai cittadini i limiti legali delle azioni di ciascheduno. La forza pubblica protegge ogni cittadino nell'esercizio del diritto che secondo la legge gli compete. Ciò nondimeno affinchè la legge sia osservata anche senza l'uso della forza, per semplice amore del dovere, ed anche a malgrado della speranza di poterla occultamente trasgredire, e affinchè si ascolti la voce benefica della giustizia e della bontà, la pubblica amministrazione ha somma cura che col mezzo dell'ammaestramento ne' principj santi della

§ 10.

Manifesta del pari è la differenza, così spesso mal conosciuta, degli oggetti e dell' estensione della legge etica e di quella giuridica. Chi trasgredisce i doveri della religione è bensì risponsabile verso la propria coscienza ed il tribunale di Dio, ma non è soggetto ad una giusta coazione, quand' egli però non offenda in pari tempo i diritti altrui (p. e., col perturbare con fanatismo nell' esercizio della religione le persone a tale effetto riunite). Chi trascura i proprj doveri (coll' intemperanza, colla dissipazione) agisce immoralmente. Egli è però ingiusto sol quando con ciò offenda i diritti altrui (p. e., del suo signore, dei creditori, dei parenti). Quello che trascura i doveri della benevolenza, agisce con durezza e con immoralità; ma l' obbligarlo colla forza a far bene, sarebbe un' ingiustizia distruttiva d' ogni libertà e di ogni unione sociale. Il pretesto di promovere la moralità non può in alcuno di questi casi giustificare la forza. Ommessa anche la considerazione che noi siamo appena in grado di potere con verisimiglianza giudicare se un altro uomo in un dato caso agisca realmente o no con immoralità; e che la nostra buona intenzione non può giustificare il mezzo immorale (ingiusto) impiegato per ottenerla, basta

---

religione e dei buoni istruttori del popolo, e con altre vie convenienti sia risvegliata la ragione morale, e gli uomini giungano alla perfezione della bontà morale.

il ritenere che appunto la buona volontà libera forma l' essenza ed il pregio della moralità, come il sentimento contrario al dovere e la cattiva inclinazione formano l' essenza dell' immoralità. Ma la forza non può mai cangiare il modo di pensare, nè inspirare la buona volontà. Convien prima con una retta direzione della giustizia assicurarsi la libera facoltà di agire, sul di cui fondamento ognuno può liberamente e deve obbedire alla legge morale.

§ 11.

Il linguaggio sì generale che particolare dei tribunali di giustizia conferma che la nozione del diritto da me superiormente esposta (§ 3, 4 e 5), e che ora ho confrontata coi precetti della legge etica, non debb' esser presa ad arbitrio. Volendosi analizzare l' idea del diritto com' essa viene applicata anche dalla ragione la più semplice alla questione se ad alcuno competa qualche diritto, si troveranno nella medesima i seguenti distintivi. 1.° In un diritto (p. e., del creditore) non si suppone un' obbligazione, un dovere, perchè, com' è ammesso, chi ha un diritto vi può rinunziare. Piuttosto può supporsi una facoltà o un potere; ma 2.° non una fisica facoltà di far quello che colle forze della natura può eseguirsi (*jus fortioris*), perchè altrimenti tutto ciò che fosse fatto con le forze della natura, sarebbe fatto con diritto. Tuttavia 3.° secondo il comune linguaggio il diritto non è un potere morale nello stretto senso di avere la facoltà di fare solo ciò ch' è buono e conforme alla

legge morale. Imperocchè ommettendo che allora il diritto è convertito in dovere, e che ogni rinunzia a quello sarebbe immorale, non può negarsi che molte pretese verso gli altri, benchè derivino da un sentimento ad evidenza immorale, e tendano a mire le più inumane, sono però generalmente riconosciute per giuste e suscettibili di esecuzione anche col mezzo dei tribunali dello Stato (1). Il diritto si riferisce sempre ad altri esseri ragionevoli. Uomini isolati e dispersi avrebbero certamente dei doveri verso Dio e se medesimi, ma i diritti hanno luogo sol quando esista fra gli uomini una mediata od immediata corrispondenza, un' azione reciproca. Per ultimo 4.° nell' idea del diritto noi ci rappresentiamo sempre una rigorosa pretensione che possiamo esternamente effettuare, colla certezza che a nessuno sia permesso di farvi opposizione, e per cui possiamo anche impiegare la forza. Ecco tutti i distintivi che concorrono nell' idea del diritto superiormente indicata. Secondo questa spiegazione 1.° il diritto non è un dovere; esso è un potere, ma non fisico; 2.° egli è un uso di libertà derivante dalla ragione, dall' intimo sentimento di un essere ragionevole, il qual uso di libertà non si riferisce 3.° ai sentimenti morali di

(1) Suppongasi, p. e., il caso che un uomo ricco ed inumano rovini il suo debitore povero, obbligandolo al pronto pagamento del capitale e degl' interessi eccessivi ai quali per l' urgenza delle sue circostanze egli si sottopose.

quello cui compete il diritto, ma 4.° alla legge del diritto e ad altri esseri ragionevoli, e nello stesso tempo apparisce come un diritto dalla forza protetto (1).

§ 12.

I giureconsulti antichi, i quali comprendevano tutti i doveri di natura nel diritto naturale, od almeno deducevano quest' ultimo dall' etica, si studiavano altresì di ricercare l' idea fondamentale del diritto nella sede della dottrina de' costumi. A tal uopo essi trovarono a proposito il senso più lato della parola ed i varj significati di essa. Diritto (preso nel senso addiettivo) si chiama in generale tutto ciò ch' è conveniente, buono ed utile ad uno scopo e ch' è conforme ad una norma, ad una legge. Quindi i medesimi chiamavano *dritto* (*in sensu objectivo*) ciò ch' è con-

---

(1) Nel risolvere pertanto la questione se il diritto consista nella facoltà morale, convien precisare attentamente e con esattezza la parola. Se s' intende per la parola *morale* (in stretto senso), in opposizione d' *immorale*, soltanto ciò ch' è conforme alla legge della virtù, allora ogni diritto ed ogni esercizio di esso non è sempre morale; e può spesse volte, come lo dimostra l' esempio qui sopra addotto, essere anche immorale. Se però s' intende il *morale* (in lato senso) come contrapposto del fisico, è incontrastabile che ogni diritto è una facoltà morale, poichè si riferisce alla ragione e ad una certa qual legge (juridica) di libertà, ed esso vien anche protetto dalla legge della virtù, nessuno potendo secondo la medesima attentare al di lui esercizio.

forme alle leggi morali (della virtù), e lo qualificavano (*in sensu subjectivo*) per una facoltà morale di far ciò che moralmente è buono. Ma siccome nello spiegare il diritto di natura non potevano tralasciare di avvertire che sovente l'uomo ha diritto di fare un'azione che è immorale (p. e., di dissipare a capriccio la propria sostanza), e che secondo la legge della virtù egli ha dei doveri verso gli altri uomini, alla di cui esecuzione questi però non possono costringerlo colla forza (come, p. e., il dovere di fare elemosina al bisognoso), perciò essi immaginarono diverse divisioni del diritto. Chiamarono *diritto interno* quello che si può giustificare innanzi al tribunale di Dio e della coscienza, ed *esterno* quello a cui per lo meno dagli altri non si può mettere un limite. Poscia ritennero per *diritto imperfetto* quello che abbiamo alla prestazione dell'ajuto che gli altri uomini per il dovere di bontà non ci debbono ricusare, e per *diritto perfetto* quello per cui si può costringere ad una prestazione gli altri uomini colla forza (1). A malgrado però di ogni artifizio non può isfuggire all'occhio perspicace l'errore che si contiene in questa idea fondamentale del diritto. Se in generale il diritto si limitasse soltanto alla bontà morale, come mai si potrebbe ammettere un diritto

(1) V. Hopfner, *Diritto naturale*, § 25 e seg.; pag. 289.

esterno e perfetto alle azioni moralmente cattive, secondo che viene supposto? e come si dovrebbe intendere dai giureconsulti un diritto imperfetto di cui non fosse lecito negare l'esecuzione (1)? Convien dunque desiderare che quella nozione etica del diritto, la quale nella giurisprudenza pratica non può essere sostenuta, venga proscritta anche nella scuola della scienza legale, e che in vece sua sia adottata un'idea del diritto soltanto propria giuridica, che si limiti a quello chiamato esterno e perfetto (§ 5) (2).

---

(1) Sotto un rapporto il diritto imperfetto è un vero diritto (perfetto); sotto un altro però non è un diritto. Il povero, p. e., ha un diritto (perfetto) di chiedere soccorso, e chi lo volesse a lui contrastare, limiterebbe la sua libertà legale di farne la preghiera. Ma egli non ha un diritto al soccorso medesimo, poichè se promovesse la sua istanza davanti il tribunale che deve proteggere i diritti, questa verrebbe rigettata, ed esso avrebbe soltanto diritto di rivolgersi alla bontà del ricco o ad un instituto di beneficenza.

(2) Confrontisi Krugio, *Aforismi del diritto filosofico*. Lipsia, 1800, tom. I, §§ 1, 2, 5. J. C. G. Schaumano, *Trattati critici della scienza legale*, tratt. 4.° Halla, 1795. C. H. Heydenreichio, *Sistema della natura*, prefaz. alla seconda parte.

SEZIONE II.

Delle parti e de' limiti del diritto di Natura e dell' uso del diritto privato naturale.

§ 13.

I diritti ed i doveri ad essi corrispondenti, che sono fondati nella natura ragionevole dell' uomo, si possono dedurre da principii generali e loro propri (§§ 4 e 6). Quindi essi formano una scienza particolare denominata *diritto di natura* (1). In questo diritto si suppone bensì, come in ogni altro, una comunione di esseri ragionevoli, uno stato sociale (§ 9), ma non già che vi debba essere necessariamente una unione sociale per uno scopo comune e permanente. Perciò si divide generalmente il diritto di natura in non sociale ed in sociale. Fra le varie società, il giureconsulto filosofo imprende a trattare soltanto di quelle che sono necessarie per l'esistenza durevole e per la sicurezza degli esseri dotati di ragione, cioè

---

(1) Chiamasi anche diritto della ragione la dottrina filosofica o universale del diritto, od anche senz' altro *dottrina* o *scienza del diritto*, poichè la cognizione della scienza delle leggi positive si suole piuttosto chiamare scienza delle leggi o erudizione del diritto. Alcuni spiegano il diritto di natura come quello il quale suppone il diritto che appartiene all' uomo come essere ragionevole sopra la natura irragionevole o nel mondo sensuale. Schaumanns, *Trattati critici*, tratt. 8.°

la società di famiglia (fra conjugi, genitori e figli), e la società civile (estesa ad ogni membro dello Stato), che ha per iscopo di proteggere i diritti con una forza pubblica. Così il diritto di natura non sociale si divide in diritto di singoli uomini e famiglie e di persone isolate, e quello sociale in diritto di famiglia e di Stato.

§ 14.

Ritiensi ancor più essenziale alla divisione del diritto di natura la distinzione se gli uomini debbano considerarsi indipendenti, ovvero dipendenti da una forza pubblica, o se supporre si debba uno stato in cui essi possano a loro talento sostenere i propri diritti, oppure uno stato nel quale vengano stabiliti i diritti e protetti da una forza pubblica. Sotto questo punto di vista il diritto naturale dividesi principalmente in diritto privato e in diritto pubblico (1). Il primo tratta l.° de'

(1) Kant, *Principj fondamentali metafisici della giurisprudenza*, introduzione, pag. LII. Krug, *Aforismi*, § 39 e seg. Heydenreichio, *Sistema della natura*, part. I, pag. 9 e seg. Gli antichi giureconsulti ed i primi Dottori di diritto naturale chiamavano diritto pubblico *(jus publicum)* quello che si riferisce allo Stato, perchè esso presuppone una forza pubblica. Non sembrami però nè esatta, nè conforme al comune linguaggio l'asserzione di Stefani *(Osservazioni sulla giurisprudenza di Kant*, pag. 65), che i diritti appartenenti a tutti debbano piuttosto chiamarsi diritti pubblici, e quelli che appartengono soltanto ad alcuni, i quali siansi riuniti in uno Stato, chiamar si debbano diritti privati.

diritti non sociali, ed in ispecie *a* di quelli originarj (innati), che dalla nostra stessa natura sono già perfettamente stabiliti (come, p. e., il diritto della propria conservazione); *b* dei diritti derivati (acquisiti), pei quali richiedesi un atto formale (p. e, il diritto proveniente da convenzioni); II.° dei diritti privati sociali dei membri delle famiglie (1). Il diritto pubblico considera I.° il rapporto legale (sociale) dei membri di uno Stato, e per conseguenza *a* fra il sommo imperante ed i suoi sudditi, *b* quello fra i cittadini privati. II.° Il rapporto legale (non sociale) degli Stati fra loro, che si chiama diritto naturale *degli Stati* ossia *delle genti* (2). Pertanto la dottrina del diritto comprende quattro parti, che riduconsi a tre principali, giacchè i diritti privati non sociali ed i sociali si considerano come un ramo solo: cioè il diritto privato naturale, il diritto di Stato e quello delle genti (3).

(1) In quale estensione il diritto privato, secondo la diversità degli oggetti, possa con Kant dividersi in diritto delle cose, delle persone e in reale personale, verrà in seguito dimostrato.

(2) La scienza che insegna i diritti naturali degl'individui privati dello Stato, e che quindi può essere trattata unitamente al diritto di Stato, si chiama il diritto civile universale. Perciò molti de' principj legali esposti dagli antichi autori sul diritto privato naturale, e che possono soltanto aver vigore ed essere applicabili ove si presupponga una autorità civile superiore, debbono qui ommettersi. V. Hufeland, *Sistema del diritto naturale*, part. III.

(3) Kant al l. c. § 43 ammette un terzo ramo del

§ 15.

Asseriscono taluni che il diritto naturale si limiti allo stato di natura. Per evitare che questa espressione equivoca dia luogo a pericolose interpretazioni, od almeno a discussioni di parole, fa mestieri prima di tutto stabilire con esattezza il senso che alla medesima si attribuisce. Il giureconsulto sotto la parola *stato* intende il complesso dei diritti. Ora siccome i diritti che si spiegano nel diritto naturale sono diversi, così pure diverse sono le nozioni dello stato di natura. Si contrappone 1.° questo stato all' arbitrario (come la natura alla libertà), e sotto ad esso s' intende il più generale rapporto di diritto tra uomo e uomo, prescindendo da tutte le azioni volontarie che stabiliscono particolari diritti (stato di natura originario); o 2.° non si escludono dallo stato di natura tutte le azioni arbitrarie dalle quali derivano particolari diritti (p. e, le convenzioni), ma bensì tutte le obbligazioni sociali (stato di natura acquisito, ma non sociale); o 3.° si estende la nozione dello stato di natura fino a considerare gli uomini non solo coi diritti innati ed acquisiti, ma ben anche nei rapporti sociali di famiglia, non però riuniti in uno stato (stato non civile); o finalmente 4.° nello stato di natura si considera il

---

diritto pubblico sotto il nome di *Diritto del cittadino del mondo* (Cosmopolita); ma io mi attengo a Fulgis al l. c. § 41, il quale lo considera come una semplice frazione del diritto di Stato.

rapporto reciproco degli stati, in quanto che essi, simili agli uomini per natura indipendenti, non sono soggetti ad una forza comune che stabilisca diritti fra loro (stato naturale delle genti). I primi due di questi quattro significati ed anche il terzo, sono una semplice idea degli autori, utilissima a rendere facile il metodo d'istruzione. Un tale stato, almeno lungamente durevole, non ha mai esistito, nè esisterà giammai. Tosto che gli uomini vivono fra loro in società, fanno azioni arbitrarie, colle quali entrano in rapporti condizionali di diritto, e senza una unione sociale delle famiglie può bensì ammettersi la possibilità della loro propagazione, ma non già senza unione civile la sicura durata delle medesime. Il solo quarto significato dello stato di natura in cui veramente esiste il rapporto di stato, può dirsi che (*objective*) sia reale. Ora siccome d'ordinario si contrappone lo stato di natura allo stato civile o alla società di stato, così il diritto privato naturale e delle nazioni ha bensì per oggetto lo stato di natura (1), ma non però anche il diritto di Stato.

---

(1) Non possono servire a deduzioni nella dottrina del diritto (sebbene giovar possano per osservazioni accessorie) le ipotesi o presunzioni tratte dalla storia degli uomini per istabilire uno stato di natura anteriore a quello di società, che, secondo la diversità delle idee perfette od imperfette de' sensi e della ragione onde l'uomo è dotato, e de' loro reciproci rapporti, si è distinto ora come un'età dell'oro ora come uno stato di selvaggia rustichezza,

§ 16.

L'idea della dottrina del diritto, considerate le parti che da essa dipendono (§ 14), riesce ancor più determinata e chiara, dimostrando i limiti che la separano dalle altre scienze, le quali hanno rapporto con essa, particolarmente dall'etica, dalla politica, dal diritto positivo e dalla filosofia del medesimo. Al pari dell'etica la dottrina del diritto è una parte della filosofia pratica, che stabilisce dei necessarj e generali principj, secondo i quali deve regolarsi la libera facoltà d'agire degli esseri ragionevoli. Amendue coteste scienze, fissando per fondamento generali prin-

---

in cui non essendovi alcuna ragione, prevale al diritto la forza; ora come un progressivo avanzamento degli uomini nello sviluppo delle facoltà naturali. Se si volesse chiamare stato naturale quello che è il più confacente alla natura ragionevole e alla destinazione dell'uomo, allora un tal nome dovrebb'essere riservato allo stato civile (§ 9, nota). « Il selvaggio, cioè l'uomo, che vive fuori della società, dice Porschte, non ha sviluppata la sua ragione, non ha leggi, non agisce con premeditazione, ma ciecamente, come le bestie e le piante. È un'assurdità il credere che lo stato naturale di queste sia pur quello degli uomini. Lo stato veramente naturale o sociale degli uomini, che senza una reciproca protezione dei loro diritti non può al certo essere durevole, dev'essere per necessità uno stato guarentito da uomini liberamente uniti fra loro ». (Introduzione ad un diritto naturale popolare). Confrontisi Hufeland, *Saggio sul primo principio del diritto naturale*, pag. 190-195. Jacop., *Giurisprudenza filosofica*, § 185 e seg. Heydenreichio, *Sistema della natura*, introduzione.

cipj, ne deducono leggi; amendue hanno libere azioni per iscopo; amendue insegnano doveri; amendue determinano la volontà coi mezzi convenienti; amendue per ultimo sono dirette ad uno scopo ragionevole. Ma in tutti questi tratti di somiglianza esistono de' segni di differenza, come sufficientemente si rileva dai paragrafi 8, 9 e 10.

§ 17.

Quanto fossero incerti i limiti tra la scienza del diritto e la politica prima che coi lumi della filosofia venissero determinati, può dedursi ad evidenza dalle opere più antiche che a questa materia si riferiscono. Non era nemmeno da sperarsi che si segnasse una certa linea di demarcazione tra l'una e l'altra, finchè queste due scienze facevansi derivare dal medesimo principio empirico della conservazione ossia della felicità. Ora però si è stabilita con chiarezza la differenza in generale, e quindi anche riguardo alle parti isolate della dottrina del diritto e della politica. La dottrina del diritto è la scienza dei diritti, e la politica è la scienza de' mezzi i più confacenti all'esercizio e alla conservazione dei diritti. La scienza del diritto ha uno scopo assolutamente necessario, invariabile, generale, prescritto per assoluto dovere, cioè la giustizia. La politica si prefigge diversi fini sensuali come parti integranti della felicità, che possono però trascurarsi senza trasgredire alcun dovere. La prima fonda i suoi sistemi sui puri principj della ragione; la se-

conda desume i mezzi convenienti dall' esperienza. Quella prescrive leggi generalmente obbligatorie, necessarie, che non ammettono eccezioni; questa ordina i mezzi secondo le variabili circostanze del tempo, del luogo, delle persone. Quando il diritto esiste, si può interrogare la politica se convenga il farne uso; ma ove manchi il diritto non si può dar retta ai dettami della politica, per quanto i medesimi possano essere urgenti. Il dovere però che nasce dal diritto dev' essere adempito, quand' anche tutti i dettami della politica dovessero con ciò riuscir vani (*fiat justitia, pereat mundus*) (1). Da questo si può di leggieri comprendere, come la politica privata differisca dal privato diritto, e la politica di stato dal diritto pubblico.

§ 18.

Una legge stabilita dall' arbitrio chiamasi positiva, e il complesso di tali leggi, diritto positivo. Questo si può stabilire con volontarie convenzioni, o mediante decisione di una superiorità che abbia il potere legale di obbligare. Della prima specie si è il *diritto pubblico positivo* (di stato e delle genti); della seconda il *diritto positivo privato* in strettissimo senso, ossia quello che viene pub-

(1) V. Kant., *Per la pace perpetua*, pag. 92; e Feuerbach, *Sull' unico e possibile fondamento di prova contro l' esistenza e validità dei diritti naturali*, pag. 50. (Lipsia 1795).

blicato come volontà del sommo imperante (verbalmente o in iscritto), e che come tale ha forza per tutti quelli che sono al medesimo soggetti. D' ordinario in esso si contengono più specie di leggi giuridiche, cioè 1.° quelle il valor delle quali dovrebbe essere riconosciuto anche fuori dello Stato, e che per conseguenza sono da considerarsi come positive non pel loro contenuto, ma solo pel modo della loro pubblicazione e pei mezzi coattivi che vi sono uniti. Queste sono, secondo il loro contenuto, leggi di diritto per tutti quelli che per mezzo della semplice ragione sono in istato di conoscerle (p. e., pei giureconsulti); e quando esse medesime si rendono comprensibili all' intelletto comune, allora la loro ignoranza non si può ammettere per una legale discolpa della loro trasgressione (1); 2.° le leggi di diritto che sono pur date dalla ragione, premessa però l' esistenza di uno stato. Queste costituiscono il diritto civile universale (§ 14, nota 1), e sono leggi condizionali del diritto naturale (2). Ma queste due specie di leggi or ora indicate hanno pure 3.° diverse modificazioni secondo gl' interni ed esterni rapporti di uno stato, ed esse vengono dalla politica la-

(1) Tali sono la maggior parte delle leggi civili sulle diverse qualità delle convenzioni, ma particolarmente le leggi criminali.

(2) Si vedranno in proposito degli esempj più abbasso (§§ 67, 90 e 92).

sciate a disposizione del legislatore (1). Ne' soli casi 4.°, per altro rari, nei quali si presentano più mezzi atti del pari al conseguimento dello scopo legale, ed in cui uno di questi debba esser scelto, può aver luogo l' arbitraria decisione del sommo imperante. Quando per tal modo siasi stabilita più precisamente l' idea della legge positiva, e siansi distinte le differenti specie delle leggi del diritto positivo, si può più facilmente conoscere se ed in cosa questo diritto (particolarmente privato) differisca dal naturale (2).

§ 19.

Si ragiona filosoficamente sul diritto positivo, quando (come fanno molti interpreti del diritto romano) si giudica della giustizia delle leggi positive di uno o più Stati secondo gli universali principj del diritto o della congruenza delle medesime col loro scopo, considerando gli speciali rapporti interni od esterni di cadauno Stato giusta i principj della politica (§ 18). La filosofia del diritto (positivo) distingue il giureconsulto ponderatore, da quello che ha soltanto una semplice cognizione delle leggi. Ella è un risultato della

(1) Montesquieu insegna (*Esprit des lois*, lib. 5 e seg.) che le leggi civili debbono essere diversamente composte, secondo la differenza del clima, della religione, dei costumi, ecc.

(2) Confrontisi Feders, *Esame della volontà dell' uomo*, part. III, § 39. Grollmann, *Magazzino per la filosofia del diritto*, tom. I, cap. 1, num. 3, e cap. 4, num. 10.

universale dottrina di diritto, della politica, della scienza di governo, della storia e del diritto positivo. Comprendesi dunque evidentemente com'essa differisca dalla dottrina filosofica del diritto (1).

§ 20.

Ho esposta l'idea e dimostrata l'estensione della dottrina del diritto, di cui si può di leggieri comprendere l'importanza. Ora nell'esporre l'utilità del diritto di natura, mi limito soltanto a quello privato, perchè l'uso delle altre parti non si può chiaramente spiegare che nel trattarle. In origine il diritto privato naturale aveva colle altre scienze comune il destino di non essere conosciuto, di essere disprezzato come inutile, ed anche riprovato come pericoloso. Diversi teologi esternarono il timore, che il diritto proclamato dalla ragione riuscisse pernicioso alla morale rivelata. Insorsero poi molti giuristi empirici, i quali opinarono che vivendo gli uomini sottoposti nello stato ad una legislazione positiva, fosse una vana sottigliezza l'accingersi ad investigar leggi concernenti soltanto uno stato ideale di natura, in cui niun diritto potrebbe riconoscersi, ed anzi in luogo di esso la sola forza agirebbe. Finalmente alcuni pseudo-politici presagivano esser cosa perniciosa che il

(1) L'opera più recente assai pregevole su questa materia è il *Trattato del diritto di natura come filosofia del diritto*, del prof. Ugo. Berlino 1799. Confrontisi Buble, *Idea della giurisprudenza morale e politica*. 1. Raccolta III. Gottinga 1799.

cittadino potesse fino dalla prima sua gioventù essere istrutto dei diritti della ragione, poichè per tal mezzo diverrebbe censore e biasimatore delle leggi positive.

§ 21.

Nacque discordia fra i teologi ed i primi dottori del diritto di natura pel motivo che questi si perdevano non solo ne' limiti della morale, ma in quelli pure della teologia col mezzo di interpretazioni de' sacri testi della legge scritta. Essi si meritarono il rimprovero dei giureconsulti pratici per avere ommesso di determinare, o per avere imperfettamente determinato lo stato di natura cui si riferisce il diritto di natura. Se si limitasse la validità di questo diritto allo stato di rozzezza e d' indipendenza che precede la società civile, allora la scienza che lo risguarda sarebbe di fatti la più inutile di tutte. Ma il giureconsulto filosofo nell' idea dello stato di natura s' immagina gli uomini dotati dell' uso perfetto dalla ragione; egli fa soltanto astrazione da una suprema autorità di stato, e dalle leggi positive, non che dall' impotenza del debole a far valere il suo diritto; dimostra nel diritto privato cosa sia la legge di diritto, secondo il richiede la differenza dei rapporti naturali, come debba essere composto lo stato legale, e come anche sarebbe composto, se la forza coercitrice andasse di pari passo col diritto. Allora soltanto egli si fa ad osservare che in mancanza di quest' ordine naturale deve formarsi un ordine artificiale

in cui ciascuno possa sostenere il suo diritto, e questo, come esso lo dimostra, è lo Stato. Ma siccome per comprendere chiaramente la necessità ed il modo di assicurare i diritti, convien prima conoscere quali siano i diritti d' assicurarsi, e la necessità della guarentigia, così chi tratta della legge naturale premette il diritto privato al diritto di Stato. Quindi collo stabilire un sistema fondamentale del diritto privato, non si diminuisce la dignità del potere supremo e della legge positiva, ma in vece si dimostra che l' uno e l' altra offrono il solo mezzo di garantire i diritti.

§ 22.

Per ispiegare con maggior chiarezza l' importanza assoluta del diritto privato naturale e la sua connessione cogli altri rami della giurisprudenza, gioveranno le seguenti osservazioni. In primo luogo da questo diritto deriva per ciascun uomo un grande vantaggio nell' uso pratico della vita, poichè per esso conosce nella sua origine la sfera della sua attività e di quella degli altri uomini; gli indica ciò ch' esso possa da loro pretendere colla forza, e quello che per lo contrario debba attendere dalla condiscendenza loro. Se manca questa cognizione non è nemmeno possibile di pronunciare un accertato giusto giudizio sopra i fatti della storia, nè sopra affari pubblici o privati, e si corre altresì pericolo di essere tratti in errori assai perniciosi dall'incerta, fallace e fanatica dottrina sulla eguaglianza dei diritti, sulla

inalienabilità de' medesimi, sulla illegittimità della ineguaglianza di condizione, e simili.

§ 23.

Il diritto privato naturale è altresì la base principale del diritto civile delle genti. Imperciocchè esso c' insegna che si debbono ammettere nello stato di natura alcuni diritti (§ 21) i quali sono bensì validi, ma la validità loro non è nel medesimo generale; che anzi dalla maggior parte tanto per ignoranza, come per egoismo non sarebbero riconosciuti, nè rispettati; che si avrebbe tanta libertà, quanta fosse la forza propria di garantirli contro i molti attentati; che ogni sforzo di unione per la difesa dei diritti sarebbe una vana impresa senza lo stabilimento di un supremo potere legislativo, giudiziario ed esecutivo; in somma l' accennato diritto ci fa conoscere lo scopo e la necessità degli stati, e ci convince che i mali inseparabili da qualunque umano governo non possono mai porsi in confronto colle scene spaventevoli di uno stato senza governo (1). Lo strettissimo rap-

(1) L' inglese Hobbes, la cui patria, quand' egli scriveva la sua opera *De cive*, s' acciuse a distruggere violentemente la sua costituzione, disse nella sua prefazione: *Scripsi vestri causa, lectores, qui cum doctrinam, quam offero, cognitam et perspectam haberetis, sperabam fore ut aliqua incommoda in re familiari æquo animo ferre, quam reipublicæ statum conturbare malletis.* Tutti i professori di diritto si sono più o meno appropriata la di lui descrizione dello stato di natura.

porto fra il diritto privato naturale e quello delle nazioni è così evidente dietro le premesse osservazioni (§ 15), che alcuni scrittori di sommo merito ritennero esser l' ultimo una semplice applicazione del primo ai pubblici rapporti esterni delle nazioni medesime, e perciò non doversi considerare il diritto di queste come una scienza particolare.

§ 24.

Chiara non meno è l' influenza del diritto privato naturale tanto sulla formazione, che sull' esercizio del diritto positivo. La maggior parte dei sovrani d' Europa hanno il saggio divisamento di procurare ai loro sudditi il beneficio di leggi nazionali (sui diritti privati e sui delitti) consentaneo alla costituzione, al modo di pensare, al carattere dei loro popoli, al grado di coltura, all' energia ed agli altri rapporti. Si chiamano i tribunali ed i giureconsulti a manifestare i loro progetti e le loro osservazioni su quelli già fatti. Ora la teoria di una giusta legislazione potrebb' ella ricercarsi altrove che nella scienza dei diritti, per la conservazione de' quali gli uomini si sono riuniti sotto una forza superiore? Potrebbe essa ricercarsi altrove che nei principj della ragione, dai quali ogni savia legislazione deve emanare (§ 18)? Siccome però il diritto di natura applica il supremo principio di tutti i diritti e di tutti i doveri ad essi corrispondenti, agli oggetti principali che l' esperienza presenta, alle convenzioni,

alle lesioni di diritto (ai delitti), ed ai rapporti delle famiglie, e da ciò ne deduce le nozioni ed i principj che ne derivano (1), così lo scopo principale della legislazione positiva consiste nell' esaminare *a* ciò che l' autorità suprema, a motivo del passaggio (rapidissimo nell' idea) dallo stato di natura a quello sociale, possa cambiare nel diritto del primo stato secondo le norme del diritto civile generale (§ 24) del diritto di stato (ivi), e della politica (§ 17); *b* gli affari legali che in un dato stato (sulla testimonianza della storia, della statistica, e di accreditati giureconsulti pratici) sogliono aver luogo, *c* nello stabilire chiaramente l' idea di ogni affare; *d* nel determinare con esattezza ciò che secondo la nozione generale di un affare legale rimarrebbe dubbioso, onde evitare le controversie, *e* nell' esporre colla maggior precisione le leggi dedotte dai principj per le specie particolari degli affari giudiziarj. Sotto queste sole condizioni fondamentali si può sperare che il codice non si perderà nè in una penosa enumerazione dei diversi innumerevoli casi, nè in una semplice metafisica dei diritti, inutile per l'applicazione e pericolosa per le false interpretazioni, alle quali ella può dar luogo (2).

---

(1) Per tal modo si può in qualche maniera spiegare perchè Leibnitz si riporti al diritto di natura: *ut disciplina juris naturæ fundamentum actionum exceptionumque natura validarum omnium ordine constituat. (Epist. Cens. ad Puffendorf.)*

(2) Reinholds, *Lettere sulla filosofia di Kant*, v. 2, lett. 4 e 5.

§ 25.

Il giureconsulto, che il proprio offizio esercita, volendo giudicare giustamente deve rappresentarsi l' idea generale dell' affare legale (p. e., della specie della convenzione), cui appartiene il caso che venne al suo giudizio sottoposto. Obbligo suo è di conoscere chiaramente le leggi che vi hanno rapporto, e siccome rare volte accade che i casi contingibili si trovino in esse letteralmente decisi, perciò conviene che egli si studj di penetrare il senso e lo spirito della legge, e che rimonti ai principj del diritto naturale, dai quali il legislatore è dipartito. Senza cotesto spirito d' investigazione non avranno fine giammai le lagnanze sulla soverchia brevità ed imperfezione delle leggi, sulla quantità delle necessarie interpellazioni e schiarimenti. Gli avvocati ed i giudici debbono istruire le parti sulla giustizia e sulla ingiustizia delle loro pretese, ma ciò come potrà attendersi da loro se non conoscono che la nuda lettera della legge? I tribunali debbono esporre al legislatore i loro motivi contro le leggi che ai medesimi sembrano ledere i diritti dell' uomo e del cittadino. Se però una legge positiva sia giusta, non si può da essa medesima giudicare, ma soltanto dai principj generali del diritto (1). E siccome il sogno lusin-

(1) Qualunque diritto, non essendo che una pura espressione della ragione (§ 3), dev' esser certo. L' incertezza trovasi sempre nell' applicazione soltanto

ghiero di un codice perfetto, il quale decida tutt'i casi, si è (se non sbaglio) alla fine generalmente dissipato, così la dottrina di diritto (naturale) rimarrà sempre e dovunque il codice soltanto sussidiario bensì, ma certo e decisivo per i contingibili casi legali (1).

SEZIONE III.

Delle fonti principali e sussidiarie della storia e letteratura del diritto privato naturale.

§ 26.

Le fonti del diritto privato naturale sono la ragione pratica e la natura dell'uomo (§§ 1-4). Vi sono però molti mezzi che sussidiariamente contribuiscono a render facile e ad estendere la cognizione scientifica di questo diritto. Tra essi debbono annoverarsi 1.° l'etica, essendo che questa unita alla scienza del diritto separa esattamente le idee etiche dalle giuridiche di un medesimo

---

del caso legale alla legge di diritto. Nessuno revoca in dubbio che non si possa ledere il diritto del terzo. Ma si pone in controversia, p. e., se il contraffattore di un'opera offenda il diritto di proprietà dell'autore o dell'editore (*Da mihi factum*, dicevano i nostri antichi giureconsulti, *et dabo tibi jus*). V. Schmids, *Piano del diritto naturale*, § 111 e seg.

(1) Nel codice civile universale austriaco (§ 7) viene prescritto che il caso legale, quando secondo la legge rimanga dubbioso, debba essere deciso secondo le leggi del diritto di natura.

oggetto, rappresenta i doveri di diritto come quelli di virtù, ci eccita ad adempire egualmente gli uni e gli altri, e, secondo la natura delle circostanze, a non attenerci al sommo rigore del proprio diritto (§ 16). Da queste considerazioni traggono non pochi vantaggi i giureconsulti (e particolarmente gli avvocati ed i giudici nel comporre le questioni delle parti). 2.° L'antropologia filosofica. 3.° La storia del genere umano, e quella universale, facendoci la prima conoscere le forze, i sentimenti ed i moltiplici rapporti dell' uomo sì naturali che arbitrarj, ed offrendoci ambedue molte occasioni ed abbondante materia per osservazioni legali, per l'applicazione e dilucidazione delle leggi del diritto. 4.° Il diritto positivo, il quale rischiara ed estende la scienza del diritto naturale, come anche la pratica e la teoria. 5.° La filosofia del diritto positivo, col di cui mezzo s' investigano i fondamenti ragionevoli e lo spirito della legge positiva. 6.° Per ultimo l'osservazione propria delle diverse opinioni sì popolari che filosofiche sopra il giusto e l'ingiusto, non che l' istruzione avuta a viva voce o per mezzo degli scritti altrui. Le principali opere sulle accennate fonti sussidiarie formano il compendio delle stesse scienze sussidiarie.

§ 27.

Siccome il diritto di natura è una scienza che forma particolarmente una parte della filosofia pratica, e secondo taluni ella, come base d' ogni diritto, è un ramo della scienza del diritto, così la

storia e la letteratura di queste scienze trovansi in quelle opere che sono dedicate alla storia ed alla letteratura delle scienze in generale, e specialmente alla storia della filosofia e della giurisprudenza. Ella venne pure trattata in alcune opere particolari, ma fin qui non come meritava (1). Più degni di osservazione sono i tratti principali di essa che trovansi ne' nuovi compendii della scienza di diritto naturale, per mezzo di cui si conosce in pari tempo la nuova letteratura (2). Sotto quest' ultimo rapporto meritano principalmente d' essere commendati gli scritti critici periodici (3).

---

(1) Ch. Thomasii paulo plenior histor. Jurisprud. in Hall. 1719. V. Franc. Glafens, *Storia completa del diritto della ragione.* Lipsia 1746. *Essai sur l'histoire du droit naturel.* Londres 1754. Gebalueur, *Nova jur. nat. hist.* edente Eur. Christ. Kleuefal. Vet. 1774. Chr. Meisteri, *Bibl. jur. nat. et gent.*, tom. III. Gott. 1749-1757. Ompteda, *Letteratura del diritto delle genti.* Ratisbona 1785.

(2) Hufeland, *Assiomi del diritto naturale.* Jena 1795. Schaumanns, *Diritto naturale scientifico.* Hall. 1792, sez. 3 e 4. I principali elementi trovansi insegnati da Klein, *Storia della scienza del diritto naturale*, come appendice ai principj della scienza del diritto naturale. Halla 1797.

(3) *Giornale di letteratura universale.* Jena dal 1809. Halle, *Nuova Biblioteca Germanica* (ora sospesa). *Indicazioni letterarie di Gottinga. Giornale di letteratura della Germania superiore. Annali Austriaci di letteratura*, e molti altri.

§ 28.

Pel diritto naturale, come per ogni altro letterario sistema, esistevano da lungo tempo i materiali prima ancora che nascesse il pensiero di ordinarli in una forma sistematica. Tosto che gli uomini furono tra loro uniti, e vennero ad avere delle azioni reciproche gli uni su gli altri, nacquero pure de' rapporti dietro i quali potevano essere istruiti dal loro interno sentimento e dalla loro ragione *del giusto e dell' ingiusto*; ma ad un chiaro sviluppo delle idee di diritto e delle leggi non si potè pervenire che dopo la formazione di stati ordinati. Ora si vide da prima la necessità di limitare l' uso dell' arbitrio di ogni singolo individuo alla condizione che tutti i membri potessero vivere in comune come esseri ragionevoli e dotati della facoltà di liberamente agire. Le leggi delle antiche nazioni, principalmente degli Ebrei, dei Greci e dei Romani, delle quali almeno si conservarono dei frammenti (1), ci somministrano le tracce più antiche dei successivi progressi e della estensione della scienza dei diritti. Dietro le medesime i giureconsulti, i filosofi ed i politici ragionarono sul giusto e sull' ingiusto (2).

(1) Sulle leggi degli Ebrei può vedersi Micheli, *Diritto Mosaico*, tom. VI. Gottinga 1774. La collezione di altre leggi antiche si trova in Rudiger, *Sistema del diritto razionale*, § 28 e seg.

(2) Hanno luogo tra questi gli scritti di Platone, Aristotile e Cicerone.

Quindi essi stabilirono regole e principj più generali con cui convalidarono le loro opinioni. Ma il formare sistemi filosofici di diritto naturale non era opportuno alle circostanze ed allo spirito di que' tempi. Era ancora troppo urgente la necessità di una legislazione positiva. Gli uomini più illuminati di una nazione si contentarono d' istruire immediatamente i loro concittadini sui doveri civili che ad essi incumbevano, e non per anco si era disposto a dividere in distinte classi e scienze le cognizioni che, sebbene di diverso genere, hanno però rapporto fra loro.

§ 29.

Da poi che il Corpo delle leggi Romane che al suo ristabilimento avvenuto nel 12.° secolo fu adottato in tutta l' Europa, riteneva il diritto della ragione come fondamento del diritto positivo (1), stabiliva nel suo principio dei generali precetti di diritto (2), e spesso deduceva le decisioni da regole generali, prescrivendo ai giudici la loro applicazione, li numerosi assiomi di diritto che veggonsi in detto codice esposti senza sistematica connessione, si sarebbero ridotti molto prima ai generali principj, se varie circostanze non si fos-

(1) Collectum est (jus privatum) ex naturalibus præceptis aut gentium aut civilibus, § 4. *Instit. de justitia et jure*, ff. l. 1, § 2, eod. tit.

(2) Juris præcepta sunt hæc: Honeste vivere, alterum non lædere, suum unicuique tribuere, § 3. *Instit. de justitia et jure*, ff. l. 10, § 1, eod. tit.

sero riunite ad impedire una tale riforma. La filosofia di quel tempo non era per anco giunta a determinare esattamente le idee, a separare delle supposte verità da quelle della pura ragione, a fissare una generalità di principj, e ad introdurre un rigoroso metodo scientifico. L'autorità venne sostituita alla prova, e per tal modo si è vincolata la libertà dei giudizj. Ben si comprende che in un tale stato lo studio della filosofia, benchè indefesso, dei giureconsulti di quel tempo doveva limitarsi alla mera esposizione del senso letterale della legge, a dilucidarlo per mezzo del confronto dei diversi luoghi di essa, o a renderne facile l'applicazione col proporre dei casi pratici. Da ciò è agevole il comprendere perchè siasi rivolta ogni premura a fondare le decisioni legali, siccome anche le leggi, unicamente sulle regole ritrovate nella raccolta delle leggi, o sulle autorità divine ed ecclesiastiche, come norme fondamentali del diritto. Ad alcuni giureconsulti del secolo decimosesto è dovuto il merito d'essersi pei primi accinti a trattare scientificamente la dottrina di diritto per consolidare con maggior forza il diritto positivo, benchè i loro tentativi, appoggiati a norme positive della dottrina stessa (1), fossero

(1) Jo. Oldendorpii, *Isagoge, seu elementa Introduct. jur. nat. gent. et civ.* Col. Agr. 1539. Cura Carol. Ant. de Martini. Vindob. 1758. Nic. Hemingii, *De leg. nat. method. Apodict.* Vit. 1564. Math. Stephani, *Method. tract. de arte juris.* Gryphisw. 1615.

così insignificanti, che, come dice Hufeland, essi potevano appena pretendere di avere un nome nella storia del diritto naturale de' tempi antichi.

§ 30.

Negli affari privati, che si devono giudicare secondo le leggi positive degli Stati ne' quali esse vengono emanate, la necessità di un diritto generalmente valido non è tanto manifesta, nè tanto urgente come negli affari, ossia ne' rapporti pubblici degli Stati fra loro, e dell' autorità suprema coi sudditi; riguardo ai quali rapporti d' ordinario non esistono che poche prescrizioni positive, o convenzioni pubbliche, che sono in oltre per la maggior parte indeterminate e dubbie. Quindi anche il diritto pubblico naturale venne ordinato prima del diritto privato. Ugo Grozio, il quale fino dalla sua gioventù s' occupò nei gravi affari di Stato, e conobbe più profondamente, che i suoi predecessori e collega, l' incertezza delle idee legali che in allora generalmente regnava nella pubblica amministrazione, e la mancanza di solidi principj, non che la leggerezza de' governanti nell' affidare alla forza distruttrice dell' armi la decisione delle controversie, imprese a compilare una teoria del diritto naturale delle genti (in parte anche convenzionale). Ma siccome non erasi ancor fatto prima di lui alcun lavoro sul diritto naturale privato e di Stato, perciò, affine di convalidare i suoi principj, videsi egli stesso costretto ad ammettere nella sua opera la maggior parte degli oggetti di quelle

due parti di diritto, benchè essi non coincidessero direttamente col suo scopo (1). Ella dunque appartiene soltanto sotto questo aspetto alla storia del diritto privato naturale. Il suo principio si è la conformità delle azioni colla natura ragionevole e sociale degli uomini. Ma egli nel corso dell'opera non s' attiene a questo principio rigorosamente, ed in luogo di prove filosofiche ricorre ai testi delle sacre lettere ed alle opinioni da lui copiosamente citate dei filosofi, politici e giureconsulti antichi. Colla ricca ed estesa sua erudizione poi preparò piuttosto i materiali, coi quali gli scrittori filosofi potessero in seguito formare un sistema dei diritti.

§ 31.

Le civili discordie che laceravano l'Inghilterra eccitarono nel medesimo tempo Hobbes a ricondurre i suoi concittadini all'unione ed all'obbedienza civica col mezzo del suo piano di diritto di Stato (2). Egli diede mano a questa impresa

(1) Hugonis Grotii, *de jure belli et pacis*, lib. 3. Paris 1625. Sulle diverse edizioni, traduzioni, commentarj, estratti e giudizj di quest'opera veggasi Ompteda, *Letteratura delle nazioni*, pag. 592; e Hufeland, *Saggio sui principj del diritto naturale*, pag. 70.

(2) Thom. Hobbesii, *Elementorum philosophiæ sectio tertia de cive*. Paris 1642. Leviathan, *Sive de potestate ecclesiastica et civ.* Amstelodami 1667. I diversi giudizj su di esso si trovano in Hufeland al l. c., pag. 77 e seg. Uno de' più forti avversarj di Hobbes è Cumberland *Discus. philosos. de la-*

con una assai ingegnosa descrizione dello stato naturale di guerra, delineò con acutissimo intendimento la natura degli uomini, le forze eguali, le opinioni collidenti, la tendenza che ne risulta a nuocersi scambievolmente, ed appellossi quindi alla ragione, la quale per tutelare la nostra persona c' impone il dovere di riconoscere una potestà suprema ed irresistibile, e di prestarle un' inalterabile subordinazione. A suo senso, il diritto è la libertà di ogni uomo di far uso (per la propria conservazione) delle sue facoltà e forze naturali secondo la sana ragione, per il che, giusta il suo principio, l' essenziale distintivo del vero diritto di natura è la propria conservazione. Non fuvvi quasi alcuno scrittore come Hobbes che sia stato meno giustamente inteso e giudicato. Egli dipinse gli uomini quali sarebbero secondo lo sfrenato impero de' sensi nello stato indipendente di natura. Gli si oppose ch' essi dovrebbero agire altrimenti secondo la ragione; il che formava appunto lo scopo de' suoi ragionamenti. Parlò di diritti, e a lui vennero risposte, secondo la morale ed i precetti delle virtù, delle cose ch' egli medesimo aveva già con gran cura raccomandate. Esso era il più zelante difensore di un' autorità suprema, e principalmente del potere monarchico e del dovere de' sudditi di serbare una incorruttibile fedeltà al loro principe. Ciò non di meno gli scritti di lui vennero riprovati come pericolosi allo Stato. La

maggior parte degli scrittori di diritto naturale si studiarono di invertire la sua opinione dello stato naturale di guerra nel diritto privato, e poscia nel passaggio al diritto di stato, essi stabilirono per fondamento la medesima di lui opinione. La descrizione dello stato di natura, di cui per altro devesi più minutamente trattare nel diritto di stato, vuol pur avere il suo luogo in quest' opera.

§ 32.

Samuele Puffendorfio s' attenne alle lezioni de' suoi predecessori, benchè dimostrasse in apparenza di combatterli. Separò il sistema del diritto privato dal diritto pubblico, e così divenne il fondatore del diritto privato naturale, ed il primo professore di questa scienza in Germania all' università di Heilderberg. Il primo di lui sistema (1) della giurisprudenza universale venne quasi dimenticato dopo il secondo (2), e l' estratto di quest' ultimo compilato più sistematicamente coll' ommissione di molte citazioni e controversie merita per la riunione in esso di solidi principj la preferenza a confronto dell' opera intera (3). Puffen-

(1) *Elementa Jurispr. univ. methodo mathem.* Hagæ 1660.

(2) *De jur. nat. et gent.*, lib. VIII. Lond., Scan. 1672, cum notis Hertii, Barbeyracii et Godofr. Masconii. Franc. et Lips. 1744. H. Thom. Franc. Barbeyrac. Amsterd. 1734, 5 edict.

(3) *De officio hom. et civ.* Lond. 1673, cum notis Titii, Ottonis, Barbeyracii, Carmichæli et Treveri. Lugd., Bat. 1769, tom. II. Si confronti Leib-

dorfio comincia quasi colle stesse osservazioni filosofiche di Hobbes; stabilisce con Grozio il principio della sociabilità, ma fa derivare le leggi tutte, quindi anche la moralità e la giustizia delle azioni, dalla volontà di un capo.

§ 33.

A distruggere i più perniciosi errori nella filosofia e nella giurisprudenza, contribuì assaissimo colla sua libertà Cristiano Tomasio. Esso dapprima era pure sostenitore del principio della sociabilità (1). Ma nella posteriore sua opera (2) adottò il principio della felicità, e cominciò a sostenere ch' era necessario separare i doveri soggetti a coazione dagli altri doveri naturali, che fino a quel tempo si erano unitamente esposti nel diritto naturale. Quindi Hufeland asserisce che questa era l' epoca in cui il diritto di natura si trattava indeterminatamente.

§ 34.

Poco dopo Tommaso Gundling e Gerhard (3) separarono il diritto di natura dalla morale, ed

---

nitz, *Epist. cens. ad Puff.* L' opera che ha per titolo *Dubia juris naturæ*, dell' acuto scetico (Homberg), sarebbe stata prima meritevole di una maggiore attenzione per convalidare più efficacemente il diritto naturale.

(1) *Instit. Jurisprud.* Lips. 1688.

(2) *Fundamenta juris. nat. et gent.* Hal. 1705.

(3) Nic. Hier. Gundlingii, *Jus nat. et gent.* Hal. 1714. Ephr. Gerhardi, *Delineatio jur. nat. de princ. jus*, lib. 3. Jena 1712.

a vantaggio di amendue queste scienze diedero principio a trattarle con un metodo più determinato. A questo rimasero attaccati non tutti, ma pure la maggior parte degli scrittori posteriori. Secondo la diversità dello scopo per cui essi si occuparono a trattare del diritto di natura e de' principii fondamentali da loro adottati, possono questi ridursi a determinate classi, senza studiar di seguire nelle loro citazioni l'ordine dei tempi.

§ 35.

Rispetto allo scopo del lavoro si osserva in molti sistemi della scienza del diritto, che essi furono formati o da filosofi speculatori, che avevano poca cura di confrontare e rettificare i loro principj, di analizzarli onde riconoscere se ed in qual modo applicar si potessero alla vita affine di correggerli all'uopo, o soltanto da giureconsulti empirici per uso della loro professione, senza studiarsi di fissarne i veri termini con esatti e distinti principj, o di appoggiarli a solidi fondamenti. Gli ultimi ridussero quasi tutto il diritto civile (romano privato, § 26) nella giurisprudenza filosofica, ed in vece di un diritto naturale scrissero una filosofia del diritto, o piuttosto, se m'è lecito valermi della giustissima espressione di Senkenberg, un *jus civile naturalisatum*. Debbono fra questi principalmente annoverarsi Sam. L. B. de Coccei. *Novum systema justitiæ nat. etc.* Hal. 1748. Dan. Nettelblatt, *Systema elem. univers. jurispr. nat.* Hal. 1748. Schierschmid, *Elem. jur. natur.* Jenæ 1742.

§ 36.

Ella è ancor maggiore, in quest' epoca, la differenza fra i sistemi del diritto relativamente al principio originario da cui derivano. I più antichi giureconsulti fanno derivare il diritto naturale, come anche la morale, da principj materiali (desunti dalla esperienza) ed in parte da principj subbiettivi, cioè dagl' istinti animali (1), o dalla sensuale ragionevole tendenza alla felicità; ed in parte anche da principj obbiettivi, dalla volontà di Dio (fini naturali divini) (2), o dal principio della perfettibilità (3).

---

(1) Klaproth, *Pianta del diritto di natura.* Gott. 1749. Schmaussen, *Nuovo sistema del diritto naturale.* Gott. 1754. Carl. Fed. Hommel, *De jure quod natura omnia animalia docuit.* Lipsia 1747.

(2) Enric. Köhler, *Jur. nat. exercit.* VII. Jena 1729. Achenwal, *Jus nat.* Gott. 1755. Prolegom, *Jur. nat. edit. tertia* 1767. J. N. *cum præf.* I. I. H. C. Selchov. Gott. 1781. Heineccius, *Jus nat. et gent.* Halla 1749. De Martini, *Posit. de lege natur.* Vienna 1772. *Exercit.* 6 *de lege nat.* Vienna 1776. Rasp, *Schiarimenti del sistema del diritto naturale.* Vienna 1795.

(3) I seguenti si fondano in fine sulla perfezione e sulla felicità. De Wolf, *Jus nat. meth. scientif.*, t. VIII. Halæ 1740-1748. *Instit. jus nat. et gent.* Halæ 1750. (In tedesco a Halla 1769, in francese presso Elia Luzac a Leida 1772.)

Joach. Georg. Daries, *Instit. jurisp. univ.* Jenæ 1740. Gunet, *Completi schiarimenti sopra la detta opera.* Jena 1752.

Samuel Christ. Hollmann, *Jurisp. nat. primæ lineæ.* Gott. 1751.

Adamo Federico Glafey, *Diritto della ragione e*

§ 37.

Agli scrittori fin qui citati appartiene l' elogio di aver riuniti con massimo intendimento tutti gli oggetti, che soltanto possono essere ridotti in una giurisprudenza universale, d' avere pienamente e con chiarezza spiegato la maggior parte delle verità di diritto, massime quelle che ammettono una immediata applicazione, di aver procurato di rettificare sempre più le prime idee, e di aver cercato a poco a poco di dare maggior ordine e

---

delle genti. Norimberga 1752. Burlamaqui, *Princip. du droit de la nature et des gens.* Genève 1741. (par M. de Felice a Yverdon et Basle 1766.)

Felice, *Leçons du droit de la nature et des gens.* A Yvordon 1769.

Baumgarten, *Jus nat.* Hal. 1763. Westphal, *Instit. jur. nat.* Lips 1776. Lampredi, *Jur. publ. univer. seu jur. nat. et gent. theoremata.* Pisis 1782.

Feder, *Principj fondamentali per la cognizione della volontà dell' uomo.* Gott. 1782, III parte.

Höpfner, *Diritto natur.* 1787, nuova ediz. 1801. Ulrich, *Initia philosophiæ instit* Jenæ 1783.

I. B. Schlettwein, *Diritti dell' uomo.* Giessæ 1784.

Diritto di natura e delle genti, di un gran ministro di Stato. Vienna e Erlangen 1790.

L. F. Fredersdorf, *Sistema del diritto di natura.* Brunswick 1790.

D. Morelli, *Rud. jur. nat. et gent.* Venetiis 1791.

Madihn, *Principj del diritto di natura.* I par. Francfort sull' Oder 1790.

D' Egger, *Dottrina del diritto privato di natura comune, e del diritto generale prussiano.* P. 1. Berlino 1797.

I. L. C. Rüdiger, *Dottrina del diritto di ragione.* Halla 1798.

consistenza alle singole dottrine. Appartiene poi alla filosofia critica il merito di aver distinto con segni più certi la giurisprudenza dalle altre scienze che sono in contatto con essa, di aver più accuratamente determinate le idee le più importanti e fino ad ora incerte, di aver introdotti anche nella giurisprudenza principj formali (desunti dalla forma della pura ragione) e di averla elevata per tal modo al rango di una vera scienza. I filosofi giureconsulti però, i quali si attennero ad un principio formale (1), si distinguono particolarmente in questo, che essi o ammettono un principio indipendente dalla suprema legge della morale, o deducono il principio del diritto, parte assolutamente, parte relativamente dal principio della morale (2).

---

(1) Molto istruttivi sono su quest'oggetto i giudizj critici del prof. Hufeland nel saggio citato sui principj del diritto naturale.

(2) Gottl. Hufeland, *Sistema del diritto natur.* Jena 1790 n. e. 1795.

Teod. Schmalz, *Il puro diritto naturale.* Konigsberg 1792. (Un commentario su questa opera è la *Spiegazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.* Konigsberg 1798) *Il diritto naturale delle famiglie.* Ivi 1795.

Schaumann, *Diritto naturale scientifico.* Halla 1792. (*Saggio di un nuovo sistema di diritto naturale.* Halla 1796.)

Hofbauer, *Diritto naturale sviluppato dall'idea del diritto.* Halla 1793, terza ediz. 1803. *Diritto generale di Stato*, prima parte. Halla 1797. (Contiene il diritto naturale privato.)

§ 38.

Oltre i principali sistemi e compendj meritano principalmente d' esser lette quelle opere nelle quali

---

Abicht, *Nuovo sistema di un diritto naturale sviluppato dalla natura umana.* Baruti 1782. (*Breve esposizione del diritto naturale e delle genti.* 1795.)

Heydenreich, *Sistema del diritto naturale.* Lipsia 1794.

Tafinger, *Dottrina del diritto naturale.* Tubinga 1794.

Jacob. *Dottrina filosofica del diritto, o diritto naturale.* Halla 1795. (Estratto dalla Dottrina filosofica. Ivi 1796)

Porschke, *Introduz. al diritto naturale popolare.* Konigsberg 1795.

Schmids, *Piano del diritto naturale per Lezioni.* Jena e Lipsia 1795.

Ficht, *Base del diritto naturale.* Jena e Lipsia 1796. II par.

Mellin, *Fondamento della metafisica dei diritti.* Zilichau 1796.

Klein, *Principj della scienza del diritto naturale.* Halla 1797.

Kant, *Metafisica morale* I. parte, o *principj metafisici della giurisprudenza.* Konigsberg 1797, edizione aumentata 1798.

(Beck, *Commentario sulla metafisica morale di Kant.* P. 1. Halla 1798. Stefani, *Osservazioni sulla metafisica di Kant.* Erlangen 1797. Tieftrunck, *Ricerche filosofiche del diritto pubblico e privato.* Halla 1797. Reiner, *Dottrina generale secondo Kant.* Landshut 1801. Reidenitz, *Diritto naturale secondo Kant.* Konigsberg 1803.)

Stefani, *Tratti fondamentali della scienza legale*, due parti. Erlangen 1797.

Buhlii, *Trattato del diritto naturale.* Gottinga 1798.

Leisler, *Diritto naturale popolare.* Parte 1. Francoforte sul Meno 1799.

si discutono più estesamente i principj della morale, ed i particolari oggetti del diritto naturale. Quelli appartengono alla letteratura della generale filosofia pratica; queste invece sono da riferirsi ai singoli oggetti di diritto (1).

Gutjahr, *Saggio del diritto di natura.* Lipsia 1799.

Bendavid, *Saggio di un corso di diritto.* Berlino 1802.

Gros, *Dottrina della scienza filosofica.* Tubinga 1802.

Fries, *Dottrina filosofica del diritto.* Jena 1803.

Thomas, *Dottrina della scienza del diritto naturale.* Francoforte sul Meno 1803.

Krausio, *Fondamento del diritto naturale.* P. I. Jena 1803.

Tieftrunk, *Pianta della morale*, tom. II. *Scienza della legislazione esterna, o della dottrina della ragione.* Halla 1803.

Weiss, *Dottrina della filosofia del diritto.* Lipsia 1804.

Zacharia, *Principj del diritto privato filosofico.* Lipsia 1804.

Gerstacker, *Sistema della filosofia del diritto teorica e pratica*, tom. I. Erfurt 1806.

Schmalz, *Manuale della filosofia del diritto.* Halla 1807.

Per meglio conoscere i sistemi principali e i loro principj, serve particolarmente la *Critica* di Feuerbach, *Sul diritto naturale.* Altona 1796.

(1) Le collezioni di opere sopra particolari oggetti del diritto naturale, sono:

Chr. Gottl. Sckwarz, *Problemata juris naturæ et gentium.* Altorff 1738.

Joach. Ge. Daries, *Observationes jus. nat.* vol. II. Jenæ 1754.

Gott. Achenwall, *Observ. jur. nat.* vol. IV. Gottinga 1754.

Collectio dissertationum jur. nat. et gent. in acade-

PARTE PRIMA.

DIRITTO PRIVATO FUORI DELLA SOCIETA'.

SEZIONE I.

Dei diritti innati.

§ 39.

I diritti innati costituiscono il fondamento di tutti i diritti, sì naturali che positivi. Essi son quelli che riceviamo direttamente dalla natura come esseri sensuali e ragionevoli senza l'intervento di alcun atto di acquisto (preso nel senso più stretto § 36); per ciò si chiamano pure diritti immediati, originarj, assoluti, o diritti dell'uomo. Per lo contrario diconsi diritti naturali acquisiti quelli che secondo i principj della ragione possiamo acquistare col mezzo di qualche atto di acquisto, propriamente tale, e perciò chiamansi anche diritti mediati, derivati o ipotetici (1).

---

micis Belgicis habitarum. Cura Oelrichs. Bremæ 1778.

Chr. Fried. Schott, *Dissertat. jur. nat.* t. II. Erlangae 1784.

J. Chr. Gottl. Schaumann, *Trattati critici sulla Dottrina filosofica.* Halla 1795.

Jo. Chr. Hofbauer, *Ricerche sugli oggetti più importanti del diritto naturale.* Halla 1795.

(1) Così il diritto della propria conservazione è

§ 40.

Del resto tutti i diritti, quantunque varj, consistendo nelle facoltà concesse dalla ragione, uopo è che abbiano fra loro la più intima connessione, cosicchè possono derivare l'uno dall'altro, e ridurre ciascuno ad un primo e principale diritto che si chiama *primitivo*. Questo è il diritto della personalità, cioè quello di sostenere la dignità di un essere ragionevole dotato della facoltà di agire liberamente (1), ovvero anche il diritto della libertà legittima, cioè di fare tutte quelle azioni colle quali sia compatibile uno stato sociale di esseri che possono liberamente agire. Imperciocchè secondo il principio superiormente stabilito, ogni diritto deve in sè avere il carattere essenziale or ora indi-

---

innato, e quello di proprietà un diritto acquisito. I diritti innati possono convenientemente chiamarsi assoluti, nel senso che non presuppongono come condizione alcun atto di acquisto, benchè molti fra loro, per essere esercitati, richieggano per condizione alcune esterne circostanze, o fatti altrui in opposizione al diritto stesso. V. più sotto i §§ 43. 45. 137.

(1) Il diritto primitivo chiamasi anche diritto formale, perchè esso nasce immediatamente dalla forma della ragione, dalla sola nozione essenziale di un ente ragionevole, e che liberamente agisce, e perchè esprime semplicemente la forma, la condizione, o il fondamento di tutti i diritti possibili. Per lo contrario tutti i diritti da esso dedotti, siccome si riferiscono già ad un determinato oggetto, in cui si manifesta il giusto uso della libertà (come p. e. il diritto di conservare la vita, quello di servirsi delle cose), si chiamano diritti materiali (ed anche reali).

cato (§§ 4 e 5). Fa dunque mestieri che ciascun diritto venga gradatamente dedotto col mezzo di nozioni intermedie da questo diritto primitivo, dietro cui deve pur essere giudicato ogni dubbio (1).

§ 41.

L' universo che costituisce la sfera della nostra attività comprende in parte le persone, in parte le cose. Ogni ente dotato di sensi e di ragione, essendo scopo a se stesso, e dovendo considerarsi necessariamente come un subbietto suscettibile di diritti e di doveri, è una persona. Non v'ha dunque alcun dubbio che gli esseri tutti che cadono sotto i nostri sensi, e che mostrano segni esterni dell' umana natura, cioè dell'uso almeno possibile della ragione, sebbene ad essi come ai nascituri,

(1) Dalla semplice idea del diritto, senza aver riguardo alla particolare natura dell' uomo, si possono sviluppare dei diritti che possono essere attribuiti a tutti gli esseri ragionevoli, e il complesso dei quali costituisce il diritto puro di natura in opposizione a quello applicato. Quindi molti recenti scrittori espongono separatamente prima la semplice dottrina del diritto, poscia quella applicata. Ma siccome i diritti, sebbene strettamente fra loro collegati, si devono però sempre riferire ad essere ragionevoli e tali che in pari tempo siano dotati di sensi, e siccome nel diritto naturale applicato, e nella scienza del diritto primitivo, gli uomini sono considerati soltanto nei rapporti generali come esseri forniti di sensi e di ragione, così parmi che quando si faccia solo attenzione alla differenza tra il diritto semplice ed il diritto applicato, sia inutile cosa il trattarli separatamente, il che produrrebbe anzi superflue ripetizioni.

ai minori, agl' imbecilli, ai dementi manchi l'uso attuale di essa, pure debbono essere considerati come persone, e si deve riconoscere in loro dei diritti (§ 2), poichè tutti sono chiamati a conseguire il sommo bene della moralità e della felicità. Per lo contrario gli esseri privi di ragione, sebbene viventi, non formando un soggetto della legge morale e della libertà, appartengono alla classe delle cose, cioè degli enti non suscettibili di diritti. Quindi tutti i diritti dell' uomo hanno per oggetto *a* la sua propria persona, *b* gli altri uomini e *c* le cose (1).

§ 42.

Fra i diritti innati (materiali) che appartengono all' uomo in riguardo alla sua propria persona, si distingue per il primo il diritto d' indipendenza, quello cioè di esser libero da ogni volere esterno coattivo. Nessun uomo, come tale, ha la facoltà di costringere un altro uomo a fare o no qualche cosa Questa facoltà non potrebbe ammettersi che in conseguenza degli attributi annessi per natura alla qualità dell' uomo; ma in allora ella si risolverebbe in un diritto che potendo esser esercitato da tutti gli uomini reciprocamente, verrebbe a distruggersi da sè medesimo. Questo diritto perciò non può essere fondato che per mezzo d' un

(1) Ma l' oggetto immediato del diritto sono sempre soltanto le azioni (legalmente possibili) (§ 5.), le quali però si riferiscono direttamente ad uno degli oggetti or ora menzionati.

atto d'acquisto, di cui qui non si tratta (§ 39). Diversamente sarebbe una usurpazione contraria al diritto primitivo (1).

§ 43.

Dal diritto originario e dalla indipendenza derivano gli altri diritti relativi a quegli oggetti che hanno uno strettissimo rapporto colla nostra persona, come condizioni mediate o immediate della sua attività nel mondo sensitivo (§ 3), per il che costituiscono il *suo*, o sia il *dominio* (§ 57) interno dell'uomo. Questi oggetti sono la mente ed il corpo, con le facoltà dell'una e dell'altro, e coi loro effetti prossimi, cioè le azioni che per tali facoltà si rendono possibili. Quindi ne deriva il diritto innato dell'uomo 1.° di esistere quanto può, come persona, di conservare la propria vita; 2.° di tendere attivamente alla moralità ed alla felicità; 3.° di coltivare, mediante l'esercizio, la propria

---

(1) Questo atto d'acquisto si trova nell'espresso o tacito consenso, con cui (come nello Stato) s'accorda il diritto di comandare, e così si rinuncia alla indipendenza. Una maggiore intelligenza e potenza fisica unita alla volontà di rendere gli altri felici coll'impero proprio (pretesti questi assai incerti e pericolosi, e per lo più lontani dal vero) può in qualche modo giustificare l'invito, mediante persuasione, a sottomettersi; ma non può mai scusare la soggiogazione, quand'anche si ammettesse la felicità generale per principio di tutti i diritti. Confr. Feder. *Ricerche sulla volontà dell'uomo*, t. 3. § 44. – In appresso si parlerà del diritto di dirigere i minori, e simili.

ragione pratica pei fini necessarj, e pei fini arbitrarj la ragione teoretica, la superiore ed inferiore facoltà di appetire; 4.° di conservare la perfezione naturale del corpo (la salute) e di procurarsi quella che si può acquistare (la destrezza, agilità, decoro). L' uomo 5.° ha pure il diritto innato alla pubblica estimazione, in forza del quale non si può offendere alcuno de' nostri diritti senza un convincente motivo, perchè una tale offesa sarebbe un fatto contrario al diritto, e quindi ella non è di sua natura compresa nel carattere primitivo od innato dell' uomo *(quilibet præsumitur justus donec probetur injustus)*; 6.° ed il diritto di acquistarsi con fatti oltre questa estimazione semplice *(negative)* anche una estimazione maggiore. L' uomo poi che si conserva, si perfeziona, e promove la sua prosperità, purchè in ciò non si prevalga di alcun mezzo illegittimo, non offende i diritti di alcuno. In questo dunque consiste il fondamento degli accennati diritti, non già nella considerazione che l' uomo abbia il dovere di conservarsi e di perfezionarsi. Egli non è soltanto autorizzato ad osservare i doveri verso sè medesimo, potendo agire anche in opposizione di essi senza temere una giusta coazione. Colui che pospone la morale al ben essere sensuale, ommette la cultura delle sue forze di mente e di corpo, indebolisce co' piaceri de' sensi il suo morale ed il suo fisico, e così abbrevia il corso del viver suo, deve bensì temere le conseguenze naturali del vizio, i rimproveri

della sua coscienza ed il tribunale di Dio, ma non una limitazione esterna e coattiva della sua libertà, se non quando (§ 10) con una tale condotta esso offenda gli altrui diritti (1).

§ 44.

L' attività nostra non è dalla ragione limitata a noi stessi, ma viene da essa estesa al ben essere di tutta l' umanità che ci è con tanti e sì diversi vincoli unita (*Homo sum, et nihil humani a me alienum puto*). Quindi è un diritto originario 1.° l' aver cura della conservazione del suo prossimo; 2.° il prestargli ajuto al conseguimento de' fini legittimi; 3.° l' aumentare le sue cognizioni colla comunicazione dei nostri pensieri, delle nostre opinioni, dei nostri giudizj; 4.° il cooperare allo sviluppo delle sue forze morali e fisiche, ed alla dilatazione della sua sfera di attività. Ma il voler prestare ai nostri simili che abbiano l' uso della ragione i nostri ajuti e benefizj per forza (2), o il proteggerli nel conseguimento de' loro

---

(1) Siffatte azioni immorali sono anche nello Stato soggette alla forza coattiva sol quando le medesime possano essere pregiudizievoli alla pubblica e privata sicurezza. Quindi gli antichi giureconsulti fecero una differenza tra il diritto ed il foro interno ed esterno. *Permissio quæ lege fit*, dice Grozio, *aut plena est, quæ jus dat ad aliquid omnino licite agendum, aut minus plena, quæ tantum impunitatem dat apud homines, et jus, ne quis alius impedire licite possit.* - *De jure belli et pacis*, l. 1. c. 1. § 17. n. 2. Martini, *Exercitat. de j. n.*, § 197.

(2) I diritti originarj qui accennati sono in gene-

fini illegittimi, sarebbe una lesione di diritto, la quale non potrebbe essere giustificata dal pretesto che si ha il dovere di promovere la felicità degli altri.

§ 45.

Il diritto originario di aver cura degli altri apparisce principalmente quand' essi per mancanza di età matura, della necessaria organizzazione, ovvero per essere in una permanente o passeggiera alienazione di mente (come i minori, i dementi, gli ubbriachi, i maniaci, e simili) non sono capaci dell' uso comune della ragione, e quindi nemmeno di proporsi uno scopo, d' impiegare i mezzi per conseguirlo, nè di far uso del loro libero arbitrio. Quegli che si assume di rappresentare questi infelici, e fa ciò che essi medesimi farebbero o dovrebbero fare, se l' uso avessero della ragione, non lede, anzi protegge i loro diritti, che sono essi incapaci di sostenere, e per conseguenza egli agisce rettamente (1).

§ 46.

Alla specie dei diritti innati (materiali) ap-

---

rale unicamente diretti a che sia libero di offrirsi a promovere la felicità altrui, poichè ciò (ma ciò solo) si concilia col diritto dell' indipendenza competente a chiunque abbia l' uso della sua ragione. (Confr. § 12. nota 2.)

(1) Da questa considerazione risulta che il suicida, in cui si deve con fondamento ammettere almeno una istantanea alienazione di mente, può essere colla forza impedito dall' eseguire il suo progetto.

partiene eziandio il diritto sulle cose (§ 2, 41). Se noi impieghiamo una cosa esclusivamente al conseguimento de' nostri fini (§ 79), e se l'abbiamo in nostro potere fisicamente, e quindi la facoltà fisica di usarne con esclusione degli altri, essa divien cosa nostra. Se poi in noi concorre la volontà di servirci soli della medesima, ne abbiamo il possesso. La natura pose alcune cose in connessione colla nostra persona (come gli organi del nostro corpo), in modo che queste naturalmente da noi si hanno e si posseggono. Il diritto a questi beni interni innati (del loro uso perpetuo, arbitrario ed esclusivo) deriva manifestamente da quello sulla nostra personalità, ed è quindi, come il medesimo, un diritto innato. Ma vi sono ancora delle cose esterne in origine fisicamente disgiunte da *ogni persona* (che fuori di noi esistono). Sono esse qualificate dalla ragione come mezzi che si possono impiegare in parte a fini doverosi, in parte a fini arbitrarj degli esseri ragionevoli, ai quali perciò la medesima accorda la libertà di servirsene realmente pei loro fini. Ognuno dunque ha il diritto originario di far uso di quelle cose esistenti, sulle quali nessuno ha un diritto (acquisito) esclusivo, e per conseguenza può altresì renderle *sue*, e prenderne possesso.

§ 47.

Se vani esser non debbono e di niun effetto i tre diritti fondamentali derivati dal diritto primitivo (§ 41), e quelli procedenti e dedotti dalla

loro analisi, dobbiamo pure aver diritto ai mezzi necessarj per poterli conservare. Chi di questi fa uso, conserva soltanto l'integrità de' suoi diritti, (§ 4) e non agisce ingiustamente. Cotesti mezzi poi in parte non hanno seco unita la forza ed in parte sono con essa congiunti. Annoveransi principalmente fra i primi il diritto di sicurezza e quello di ripetere l'indennizzazione del danno. Siccome la sicurezza è uno stato in cui non scorgiamo per noi verun pericolo, così il diritto di sicurezza consiste nella facoltà di prendere disposizioni tali da prevenire ogni possibile violazione futura dei nostri diritti (de' nostri beni interni o esterni). Le disposizioni che si prendono a questo fine sono giuste se con esse non viene ristretta la libertà degli altri uomini, e se questa si possa conciliare colla conservazione dei nostri diritti (1).

§ 48.

Chiamasi danno (in senso giuridico) ogni deterioramento del nostro stato (§ 15). Il risarcimento o indennizzazione consiste nel ristabilire lo stato primiero. Noi abbiamo il diritto di esigere che nessuno ardisca turbare i nostri diritti, e quindi anche di pretendere che il danno non

(1) Quindi io ho il diritto di andare armato in viaggio, ma non ho quello di impedire per mia sicurezza l'uso della strada pubblica. Io posso sfuggire una conversazione che parmi incomoda, ma non ho il diritto di disturbarla.

sia continuato. Questo però dura finchè tolto non venga col risarcimento. Quindi abbiam pure il diritto di pretendere un tale risarcimento. Il modo più sicuro e più perfetto per conseguirlo si è la restituzione della cosa medesima che colla lesione del diritto ci venne tolta. Ma non sempre è possibile cotesta restituzione, e il diritto (come uso di libertà) non si può ad impossibili cose estendere. Altro dunque non rimane che fare un' adequazione più perfetta che sia possibile di ciò che fu tolto. Ora in un oggetto si sogliono distinguere due cose: la individualità ed il valore, cioè l' utilità, ossia il conseguente profitto che secondo i nostri fini si sarebbe ritratto. L' ultimo ammette sempre una sostituzione; e ciò che si dà per essa chiamasi compenso (1). Quando dunque la restituzione sia impossibile, ha luogo il diritto ad un compenso. Rapporto ai mezzi reali coattivi, sembrami più opportuno di trattarne in altro luogo.

§ 49.

Si pretende da alcuni che i diritti originarj, dei quali si fece sinora parola, non si possano perdere, anzi siano anche inalienabili, ed assolutamente eguali. Sì l' una che l' altra proposizione hanno uopo di una maggiore spiegazione (2). Il

(1) Sulla differenza precisa tra compenso, restituzione e soddisfazione, veggasi Eberhard, *Dizionario manuale dei sinonimi*. Halla 1802.

(2) Gli uomini nascono liberi ed eguali in diritti,

diritto originario (diritto puro formale) della personalità o dell' uso della libertà di fare ogni azione che non leda i diritti altrui, non si può assolutamente perdere, ed è alienabile. Imperocchè esso ha il suo fondamento nell' essenza dell' uomo, per la quale egli è una persona, non già una cosa. Senza questo diritto l' uomo non ne avrebbe alcuno (§ 40), e senza verun diritto non può immaginarsi un ente ragionevole, ossia una persona in comunione colle altre persone (§ 3 e 4). Ma gli oggetti (le materie) nei quali si appalesa il diritto originario, sono accidentali, e quindi anche i diritti dal medesimo derivati ed applicati agli oggetti (materiali) sono accidentali e mutabili, e si possono perdere ed alienare. Certo è che all' arbitrio di ciascun uomo, per quanto limitata esser possa la sua condizione, si devono sempre lasciar liberi alcuni oggetti concernenti le azioni esterne, nei quali, non offendendo egli con

---

e rimangono tali. Lo scopo unico di ogni vincolo sociale è la conservazione dei naturali ed imprescrittibili diritti dell' uomo. Cotesti diritti sono quelli della libertà, proprietà, sicurezza e facoltà di opporsi all' oppressione. Pur troppo è noto che una turba ignorante di sedicenti filosofi per soddisfare agli sfrenati loro desiderj fece le più romanzesche applicazioni, ed uno spaventevole abuso di questi principj indeterminati e proprj ad essere più accuratamente esaminati in una metafisica di diritti (V. le *Osservazioni sulla rivoluzione francese secondo Barke*, di Fed. Genz. T. 2, pag. 174 e seg. Berlino 1793.)

esse alcuno, possa il diritto originario mostrare la sua forza; intanto però non si può dire rispetto ad alcun diritto (materiale) applicato, che esso sia necessario ed immutabile, e non si possa perderlo od alienarlo (1).

---

(1) Così le singole parti del corpo, sulle quali abbiamo un diritto innato, possono andare casualmente perdute. Così il diritto di usare di alcune determinate cose esterne, può essere alienato. Così si può rinunziare al diritto di formare la ragione teoretica, affine di procurarsi l'esistenza mediante occupazioni meccaniche. Si perde il diritto alla pubblica fama con azioni contrarie alla giustizia. Si rinunzia al diritto della indipendenza per assicurarsi la conservazione della vita, o per garantire i proprj diritti; e la ragione può farci un dovere di esporre perfino la nostra vita per l'altrui vantaggio. Volfio stabilì altra volta il principio, che i diritti innati sono immutabili ed inalienabili, e ciò nondimeno egli stesso prova che si può rinunciare al diritto dell'eguaglianza ed a quello dell'indipendenza, diritti che da lui si annoverarono poco prima fra gl'innati. *J. N.* t. 1, § 3. 64. 85. 143. Sembra che l'ambiguità della parola *natura*, ed il principio indeterminato, che i diritti innati siano fondati sulla natura dell'uomo, abbiano principalmente dato luogo all'errore della loro inalienabilità. La natura umana non istabilisce in verun modo i diritti non condizionali, originarj, nel senso che ella non si possa senza di questi immaginare, ma gli stabilisce soltanto in modo che i medesimi si debbono ammettere, finchè non vengano da altri motivi distrutti. Anche la perfezione de' membri corporali vien comandata all'uomo dalla natura (per il suo stato fisico regolare). Ciò nondimeno l'uomo mediante la mutilazione non cessa di esser uomo. Soltanto i sensi e la ragione, e per conseguenza la libera volontà, la morale e la personalità hanno una

§ 50.

Per tal modo resta eziandio con maggior esattezza precisata l'idea della eguaglianza legale degli uomini. Se questi si considerano nei loro più comuni rapporti nello stato naturale, e quindi separati da tutti i fatti che limitano i diritti innati, o per mezzo dei quali si acquistano nuovi diritti, allora essi debbono incontrastabilmente riguardarsi come eguali in diritti. Imperocchè i diritti innati si fondano unicamente nel carattere dell'umana natura (§ 39). Il quel modo che non si può dubitare che ad un uomo appartenga questo carattere come ad un altro, e che esso sia uomo come lo è un altro, così pure deve con certezza ammettersi che ogni uomo abbia gli stessi diritti originarj. Nessuno, considerato semplicemente come uomo, ha maggiori diritti di un altro. I soli rapporti o fatti particolari possono cagionare una diminuzione ai diritti innati, o produrre diritti di preferenza. Sotto questo aspetto esiste l'eguaglianza legale, la quale per conseguenza non deve risguardarsi come un diritto per sè medesimo esistente (diverso dagli altri). Ripugna al buon senso il so-

---

inseparabile connessione col carattere essenziale dell'uomo (§. 2). Non è dunque una contraddizione (come lo dice Gutjabre *Sistema del diritto naturale*, § 56.) l'ammettere un diritto assoluto, e null'ostante alienabile. (Confrontisi Schmidt, *Fondamenti del diritto naturale*, § 184 e seg.)

stenere una reale e totale eguaglianza di diritti (1). Quando anche gli uomini vivessero nello stato originario di natura, pure la differenza con cui si modificano le loro forze spirituali, ne produrrebbe una riguardo ai loro diritti materiali (2). Essi fanno azioni per mezzo delle quali, secondo la legge del diritto, vengono ristretti i diritti di uno ed estesi quelli dell' altro. Essi fondano famiglie strette col vincolo della subordinazione e della dipendenza. Quanto dunque esser debbono diversi i diritti nella società civile? Per lo che quella eguaglianza di diritti non è sostanzialmente che una mera idea degli scrittori, la quale però in pratica ha il suo importante

---

(1) Se dalla eguaglianza di diritti ideale ed originaria si volesse far derivare una eguaglianza reale ed assoluta, si potrebbe pur dedurne, doversi considerare tutti gli uomini come se avessero un corpo solo, la medesima organizzazione e formazione corporale, un' eguale fisonomia, un egual colore. Le ragioni che ad onta della eguaglianza generale innata debbono gradatamente produrre una ineguaglianza di diritti, si trovano riunite nell' estratto sulla eguaglianza dei diritti, nel *Magazzino delle arti e della letteratura*, t. 1. Vienna 1793. Confr. Ad. Ferguson, *Principj della filosofia morale*, trad. da Garve, pag. 30.

(2) Un idiota, un semplice, dice Schaumann, può egli pretendere diritti che presuppongano prudenza? Può egli un pazzo pretender diritti che presuppongano saviezza? Può lo scellerato pretendere diritti i quali presuppongano moralità? Può essere per il popolo moralmente possibile tutto ciò che lo è per la gente educata? – *Scienza del diritto naturale*, § 247. not. 1. Confr. Genz, *Giornale storico di gennajo*, 1800 cap. 1, e *Trattato di* Jacob, § 232.

vantaggio. Essa c' insegna che in ogni uomo, per quanto abbietta possa essere la di lui condizione nella vita civile, rispettar conviene l' umana natura, e considerarlo come un essere morale (una persona) inviolabile e sacro. Nel diritto generale di Stato essa conduce alle più utili osservazioni. Ella è il fondamento dell' eguaglianza originaria dei popoli nei loro reciproci rapporti. Essa finalmente dimostra nel diritto privato di natura quali diritti (come avventizj) abbiano bisogno di prova, e quali (come innati) debbano essere ammessi senza prova. Ma il non conoscere o l' alterare deliberatamente i limiti di questa eguaglianza può condurre alle più illegittime usurpazioni che sciolgano tutti i vincoli dell' ordine sociale, come lo provarono i fatti crudeli avvenuti ne' tempi prossimi passati.

§ 51.

Dai diritti innati e dagli obblighi originarj di diritto a quelli corrispondenti (§ 6), e perciò facili a determinarsi per analogia, si comprendono chiaramente le lesioni ad essi opposte. Tra queste devesi accennare in primo luogo la restrizione (ingiusta) della libertà di disporre della propria persona (§ 42), e particolarmente dell' indipendenza, colla usurpazione di un dominio temporale o permanente sugli uomini, col rapimento di essi, col trattarli da schiavi, col ritenerli ingiustamente prigioni, ec., come pure colla lesione della sicurezza corporale, collo stupro, coi mali trattamenti, ec.

§ 52.

Ma anche i beni interni dell' animo, cioè le forze dello spirito (§ 43) sono soggette ad estrinseche lesioni. La facoltà di rappresentarsi l'idee di giudicare e di ragionare può essere da altri oppressa, impedita, traviata, e la facoltà di volere, che ne dipende, può essere diretta ad azioni ingiuste, tanto con mezzi fisici (come con bevande che alterino i sensi), quanto (e ciò più spesso avviene) con false insinuazioni, con esempj ch'eccitano al mal fare, e con seduzioni di ogni specie (1). Ella è cosa incontrovertibile che in molti casi non si può, od è ben difficile il determinare, se ed in quale estensione taluno abbia avuta una influenza psicologica sugli errori, sulle cattive inclinazioni ed azioni ingiuste di un terzo; imperciocchè non si sa se ed in qual forza già ne esistesse la causa, e per conseguenza se il male, anche senza quella influenza, per altri motivi interni ed esterni non sarebbe del pari accaduto. D' ordinario merita pure riguardo la circostanza se il danneggiato siasi egli medesimo procurata l' influenza dannosa sull' animo suo, o se volontariamente l' abbia lasciata agire su di esso. Ma ciò non sempre, e specialmente allora non può iscusare, quando dai rapporti delle persone e dalle altre circostanze del tempo, del luogo e de'

(1) Confr. Carl. Aug. Tittman, *Dissert. de delictis in vires humanas commissis*, Lips. 1795.

mezzi impiegati ec., si riconosca chiaramente la mancanza o l'invalidità del consenso per parte del danneggiato, e quindi il diritto di domandare risarcimento, e di prendere misure di precauzione e di difesa (§ 47) contro tali seduttori (come p. e. i corruttori di costumi della gioventù, ruffiani, capi di setta di illecite unioni, ec.).

§ 53.

Con queste norme si può eziandio decidere se la menzogna (la quale è certamente contraria ai doveri etici) possa essere considerata come una lesione di diritto. Ogni falso discorso può indurre altri nell'errore, che in se stesso è una imperfezione della facoltà di conoscere. Un errore seco ne trae sovente molti altri, e rendevane le speranze fondate sopra false rappresentazioni. L'inganno tosto ch'è scoperto affligge lo spirito, e può far nascere, contro quello che di buona fede riferisce ad altri un falso discorso da esso udito, l'opinione, che non si possa credere a ciò che dice, o può esporlo alla derisione per la sua credulità. Pure se tali conseguenze dovessero essere poste a carico di quello che dice (obbiettivamente) una falsità, benchè egli medesimo potesse essere stato ingannato da altre persone o dall'apparenza, siffatto rigore distruggerebbe quasi interamente la libertà della comunicazione delle proprie idee. Ma quando anche taluno sparga una falsità con un fine, ovvero per leggerezza, dovrà egli rispondere delle conseguenze che colpiscono un terzo piuttosto

per di lui colpa? Chi gli disse di dovere, senza un più attento esame, prestare cieca fede al discorso, pubblicarlo, o fondare speranze su di esso? Si ha diritto di promettersi sincerità da quello che parlò in seguito di un' espressa convenzione, o di un affare, o dietro una particolare relazione che si ha con lui (come p. e. il subordinato col suo superiore, lo scolare col suo maestro); ed allora le conseguenze della sua cattiva intenzione o della sua leggerezza possono con tanto maggior ragione attribuirsi a suo carico, ch' egli deve sapere che le parole od altre dimostrazioni di sentimenti veri, e la fede che loro si presta, sono l' unico mezzo con cui si possa fondare e mantenere un commercio ed una relazione (legale) di diritti. Quindi in senso giuridico deve ritenersi come una menzogna ed una trasgressione di un dovere di diritto quella sola (subbiettiva e morale) che per le sue naturali conseguenze, che ben si possono prevedere, offende il diritto altrui e la verità (1).

§ 54.

Al diritto innato alla buona fama si oppone principalmente la calunnia, ossia quella significazione della mente con cui taluno con prava intenzione (diretta a di lui offesa, § 48) viene falsamente ac-

(1) Da ciò nasce che nello Stato nessuno pensa ad accusare un uomo davanti ai tribunali come mendace, fuorchè nel caso in cui mediante un inganno doloso è comprovato egli sia stato danneggiato.

cusato di un fatto ingiusto. Vero è che ognuno, per quanto ciò sia immorale, può internamente pensar male di noi, ed anche per una pretesa prudenza adottar per massima la regola opposta a quella superiormente citata (*quilibet præsumitur malus donec probetur bonus*); ma esso non è autorizzato ad esternare il suo falso giudizio. Un giudizio esterno sul demerito legale di un uomo, ove sia vero, può essere inumano (senza carità), ma quando abbia egli stesso, con men rette azioni, diminuito il suo merito legale, e per conseguenza perduto abbia la materia, ossia l' oggetto del diritto innato alla buona fama (§ 49, nota 3), un tal giudizio non sarà ingiusto. Che se la falsa imputazione non nasce da cattiva intenzione, o se non risguarda la condotta legale, ma altri difetti morali o fisici, allora essa non è una calunnia, benchè per altro possa produrre l' obbligazione di risarcimento, come ingiuria da cui provenga danno ad un terzo (1). Le lesioni all' onore acquistato appartengono al diritto naturale ipotetico.

---

(1) Sulla questione tuttora controversa, se ed in quale estensione le calunnie e le ingiurie sieno lesioni di diritto, veggasi Schmalz, *Mero diritto di natura*, § 43. (Spiegazione dei diritti dell' uomo § 16.) Heydenreich al l. c. § 8. Weber, *Sulle ingiurie e sui libelli infamatori*, part. 1. pag. 16, e pag. 61-70. Kleinschrod, *Tratti fondamentali della dottrina sulle ingiurie nell' archivio del diritto criminale*. Harscher di Almending, *Tratti fondamentali di una teoria sulle offese contro la buona fama e l' onore*. (Grollmann, *Magazzino per la filosofia del diritto e della legislazione*, tom. 1. cap. 1).

§ 55.

Rapporto al giusto esercizio della facoltà di agire a vantaggio degli altri (§ 44), ed al diritto di usare delle cose libere, che non appartengono ad alcuno, di occuparle, detenerle e possederle (§ 46), è certamente una lesione l' impedire quelle azioni degli altri che in qualsivoglia modo tendono a questo scopo. Al diritto di sicurezza, non che alla riparazione del danno (§ 47 e 48), s' oppone ogni azione diretta ad impedire l' esercizio de' mezzi di sicurezza, e così pure il rifiuto della restituzione o pure della compensazione del danno. Per ultimo si lede l' eguaglianza ordinaria (§ 50) allorchè taluno si arroga una preferenza od una preminenza senza poter addurre un titolo legale.

SEZIONE II.

Dei diritti acquisiti.

Articolo I.

Dell' acquisto immediato.

Capitolo Primo.

Della occupazione e de' suoi effetti.

§ 56.

Per mezzo delle nostre azioni possono unirsi ai diritti originarj nuovi diritti, i quali perciò si chiamano acquisiti. Lo scopo dell' acquisto si è che qualche cosa esterna incomincia ad essere di ragione dell' acquirente, ed un oggetto di diritto per esso lui; di modo che la sfera del suo diritto si estenda, e conseguentemente si ristringa quella degli altri. Ora tutto ciò ch' è esterno si riferisce in parte alle cose, in parte alle persone (alle loro prestazioni, o facoltà); ma pel motivo dell' originaria indipendenza ella non può estendersi alle ultime che col loro consenso, cioè per volontà di amendue le parti. Quindi noi non possiamo acquistare diritti verso le persone, cioè verso le loro forze per conseguire i nostri fini, se non mediante il reciproco consenso, vale a dire per mezzo di una convenzione. Per lo contrario riguardo alle cose, se non soggiacciono all' arbitrio

esclusivo di alcuno, è sufficiente un atto della nostra sola volontà per farle proprietà nostra (l' occupazione), come verrà fra poco dimostrato. Per tal modo ogni diritto che si può acquistare, avuto riguardo al suo oggetto, dividesi in diritto nascente dall' occupazione, ed in diritto derivante dalla convenzione (1).

§ 57.

Chiamasi diritto di proprietà quello per cui si ha la facoltà di fare esclusivamente ciò che si vuole di una cosa esterna (§ 46). La ragione, o per dir meglio, il saggio Creatore della Natura, col mezzo di essa insegna che le cose sono semplici mezzi al conseguimento de' fini degli esseri ragionevoli (§ 2), accorda pure a tutti e singoli gli uomini di far uso a loro piacimento di quelle cose che non appartengono per anco particolarmente ad alcuno. Cotesta facoltà è un diritto innato che spetta a tutti egualmente (§ 46). Ora se ciascuno deve avere un particolare diritto esclusivo sopra

(1) A questa asserzione non si possono opporre nè i diritti indicati al § 43 come acquisitivi, di perfezionare lo spirito ed il corpo, di godere della civile estimazione, nè il diritto proveniente da una società. Imperocchè il primo di questi diritti si riferisce ad una perfezione procedente dalla natura stessa dell' uomo, e compete di già al medesimo per la sua esistenza, di modo che non abbisogna di un acquisto rigoroso (confr. § 85). Il secondo ed il terzo hanno la loro origine da una convenzione, come si dimostrerà in appresso.

alcuni oggetti, questo non può essere un diritto innato, ma soltanto acquisito, che presuppone un fatto legale. L'azione per di cui mezzo taluno conseguisce la proprietà di una cosa si dice *titolo d'acquisto*, il quale è immediato (originario), se la cosa sia tale che nessuno vi abbia un diritto esclusivo; ed è mediato (derivato), se per mezzo di esso la proprietà viene trasferita da una persona ad un'altra. Ora affinchè quest'ultimo acquisto apparisca legittimo, fa mestieri che il di lui fondamento, dietro un esame, sia riconosciuto giusto. Quindi il giureconsulto dovendo trattare del diritto di proprietà deve principiare dall'esame dell'acquisto originario.

§ 58.

Sull'acquisto originario si presentano due difficili questioni. Ecco la prima: un individuo può egli appropriarsi di sua autorità (senza consenso degli altri) alcune cose, esercitando il diritto che a tutti egualmente compete di usare di quelle che non hanno padrone? o in altri termini: qual è il giusto titolo (il fondamento di diritto) dell'acquisto originario? La seconda questione è la seguente: con quale azione si acquista realmente la proprietà di una cosa che non ha padrone, o qual è il titolo originario di acquisto?

§ 59.

Il titolo di questo acquisto trovasi per una parte nella destinazione delle cose, per l'altra nel diritto originario dell'uomo. Le cose, fatta

astrazione da ogni atto avente per iscopo l'acquisto, non sono per natura in proprietà di alcuno (*nullius dominii*), ma sono però soggette al diritto ossia all' uso arbitrario degli uomini (*non nullius sunt juris*). Gli esseri ragionevoli possono farne uso e destinarle ai loro fini arbitrarj presenti o futuri, quindi anche ai fini privati ed esclusivamente. Chi sostenesse una proposizione contraria toglierebbe interamente l' uso delle cose, ristringerebbe la libertà di tutti, e con ciò stabilirebbe una massima lontana dalla giustizia (§ 4 nota.). Per lo contrario chi usa a suo piacimento delle cose che non hanno padrone, lasciando che anche ogni altro uomo impieghi per i suoi fini privati quelle che libere sono, agisce conformemente ad una regola, secondo la quale l' attività di tutti può essere colla sua propria compatibile. Il suo modo d' agire è d' accordo colla legge del diritto, ed è per conseguenza giusto. Il titolo quindi dell' acquisto originario si fonda per ultimo in parte (*subjective*) nel diritto originario (§ 40), ed in parte (*objective*) nelle qualità dell' oggetto per cui non è in proprietà d' alcuno.

§ 60.

Il titolo originario di acquisto ci mostra in pari tempo il giusto modo dell' acquisto immediato. Se l' uomo ha la libera facoltà di impiegare per sè esclusivamente le cose, alle quali niuno per anco ha un diritto più prossimo, in allora egli può eziandio esercitare il suo diritto, cioè fare quelle

azioni che tendono all' indicato scopo. La prima di coteste azioni è la *presa di possesso*, ossia quella forza esterna con cui taluno riduce in suo potere (fisico) la cosa (§ 46), o se ne fa proprietario all' oggetto d' impiegarla esclusivamente ai suoi fini. Ora chi tentasse d' impadronirsi della stessa cosa ristringerebbe l' esercizio del diritto innato del possessore, e attenterebbe alla sua persona (alle sue forze personali). Per questa duplice ragione il possessore ha diritto di escludere ognuno dall' uso della cosa che ha in suo potere, ed anche il diritto parimenti esclusivo di farne ciò che gli aggrada.

§ 61.

Sembra però che con ciò si abbia ancor poco per l' acquisto della proprietà. Se io ho il diritto di disporre di una cosa soltanto perchè essa trovasi immediatamente unita alla mia persona, pare che il mio diritto risguardi piuttosto il mio *interno*, la difesa della mia persona e della mia libera attività personale, che il mio *esterno* e l' oggetto posseduto. Egli in allora non sarebbe che un momentaneo diritto di possesso, mentre per l' opposto la mia proprietà indica un diritto ch' è quasi inerente alla stessa cosa, ed è durevole benchè cessi il possesso (corporale). Ciò ritenuto, resta a dimostrare se, e come possa durare, anche senza avere la cosa, un diritto sulla medesima acquistato mediante la presa di possesso, e come uno possa essere leso coll' uso che

un altro volesse arrogarsi della cosa, sebbene essa, almeno secondo l'apparenza, non sia più seco lui in alcuna relazione.

§ 62.

Questo può comprendersi da quanto poc'anzi si disse (§ 59) sul titolo dell' acquisto. Che se fosse permesso di disporre esclusivamente di una cosa immobile solamente quando la si occupa realmente con la nostra persona, e di un mobile soltanto allorchè lo deteniamo fisicamente, allora si esigerebbe niente meno, che l'uomo per godere di un terreno, si dovesse trovare nello stesso tempo su tutte le parti del medesimo, o che egli avesse sempre il mobile alla mano. Ma con ciò si verrebbe di nuovo a togliere quasi interamente l'uso delle cose alla volontà ed al diritto degli uomini, il che è contrario alla legge del diritto (§ 7). L'uso di libertà sulle cose allora solo è possibile quando ognuno può usare e disporre di quella che prese in possesso come vacante, finchè ne abbia la volontà. Quindi secondo la legge del diritto la cosa presa in possesso da un essere ragionevole, sebbene a lui sia uscita di mano, deve risguardarsi come se essa pel suo rapporto legale colla volontà sia tuttora immediatamente unita colla sua persona. Vero è che quegli che ne prese possesso non ha più allora il possesso corporale; ma ha però quello legale (intellettuale) sanzionato dalla legge del diritto, da cui viene imposto ad ognuno il dovere di astenersi dalla cosa. Tutto

ciò dunque che secondo la legge della libertà esterna io riduco in mio potere, ed in forza della stessa legge voglio che sia mio, è veramente mio.

§ 63.

Affinchè però questa volontà, la quale stabilisce il fondamento di un diritto per uno, sia obbligatoria per gli altri, anche al di là del tempo della detenzione, conviene ch' ella si possa anche da questi conoscere, e che quindi sia resa manifesta per mezzo di un' azione esterna e con segni permanenti. In conseguenza di ciò richiedonsi necessariamente per l' acquisto originario le tre seguenti condizioni, 1.° che l' oggetto secondo la legge del diritto possa acquistarsi immediatamente senza ledere il diritto altrui; 2.° la presa di possesso con cui si principia a dichiarare la volontà di disporne esclusivamente; 3.° il contrassegno il quale, anche senza la detenzione, fa conoscere ad ognuno la costante intenzione di aver l' oggetto veramente come proprio. La presa di possesso di un oggetto che può acquistarsi immediatamente coll' intenzione manifestata di continuare a ritenerlo come proprio, chiamasi *occupazione*. L' occupazione è dunque il modo originario di acquistare la proprietà.

§ 64.

Le riferite condizioni per l' occupazione hanno bisogno di una più estesa spiegazione. Richiedesi 1.° per essa che l' oggetto possa occuparsi secondo la legge del diritto. A tal fine è necessario *a*) che il medesimo non sia in proprietà di alcuno, o

piuttosto che non sia di diritto di alcuno, e ciò *in* doppio significato (diverso da quello del § 59), cioè che sull'oggetto che taluno vuole occupare non gli competa alcun diritto, e che niuno abbia già su di esso acquistato un diritto più prossimo esclusivo (che non sia *alieni juris*), poichè altrimenti l'occupazione arrogatasi sarebbe una lesione di diritto, la quale senza una manifesta contraddizione non potrebbe mai stabilire un diritto; *b*) che l'oggetto sia esauribile, cioè di natura tale, che senza l'esclusione di tutti gli altri nessuno possa servirsi pei suoi fini (1); *c*) che l'oggetto sia suscettibile della presa di possesso e *d*) di un contrassegno, perchè senza di ciò la volontà di occupare esternamente non sarebbe una volontà, e per conseguenza neppure una norma di diritto e di dovere *(non esse et non apparere idem est in jure)*. Del resto non si distingue se la cosa da occuparsi sia animata (come le bestie, § 41) o inanimata, come una cosa corporale (che cade sotto i sensi), o incorporale (che può essere compresa soltanto dall'intelletto, come le singole specie di uso, p. e., il

(1) Così nessuno, p. e., può pretendere di avere un diritto esclusivo all'uso della luce del sole o dell'aria libera. Chi colla propria legna fa fuoco, può bensì escludere chiunque dall'uso della legna e della cenere come oggetti esauribili, ma non può impedire ad alcuno di vedere un oggetto qualunque colla luce che il fuoco tramanda.

pascolare, il cacciare ec.), nè se la cosa sia stata sempre senza padrone, o se il diritto esclusivo rapporto ad essa sia in qualsivoglia modo estinto.

§ 65.

La seconda condizione per l'occupazione consiste nella presa di possesso (§§ 60 e 63). Un fatto deve servire di fondamento alla medesima, altrimenti sussisterebbe sempre l'assoluto originario rapporto, il diritto eguale di tutti alla cosa, nè si sarebbe acquistato verun diritto esclusivo (§§ 46 e 50). In primo luogo noi dobbiamo avere la volontà di possedere la cosa da soli e con l'esclusione di tutti gli altri; altrimenti come si potrebbe immaginare una restrizione nella nostra volontà mediante l'uso che alcuno volesse fare della cosa, ed un diritto esclusivo per una parte, ed un obbligo a questo corrispondente per l'altra? Ma non basta a tal uopo la sola volontà interna, se ella deve servir di norma agli altri, onde agiscano legittimamente, e limitare la volontà altrui, deve essere manifestata con segni naturali, e che possano da tutti riconoscersi (1). Cotesta manifestazione si fa con un' azione esterna, per mezzo della quale noi ci poniamo in un rapporto tale colla cosa (posizione fisica) da farne

(1) « Non animi actu (dice Grozio) res in proprietatem iverunt, neque enim scire alii poterant, quid alii suum esse velent, ut eo abstinerent; et idem velle plures poterant ». *De jure belli et pacis*, II. § 2. n. 5.

un uso esclusivo, in che appunto consiste la presa di possesso.

§ 66.

Tuttavia la volontà potrebbe anch' essere momentanea e diretta ad un uso meramente passeggiero (p. e., di vedere una cosa libera). Per istabilire la proprietà richiedesi però una volontà, un diritto, ed anche un segno permanente. Da ciò nasce la necessità della terza condizione ch' è il contrassegno (§ 63) della cosa di cui si vuol acquistare la proprietà; questo contrassegno non si può fare con semplici parole, poichè esse non imprimendo alla cosa un segno permanente, non possono indicarla visibilmente, nè servirne di dichiarazione per tutti (1). Per lo contrario se taluno colle sue forze naturali e coll' aggiunta di altra cosa già ad esso appartenente, abbia messo all' oggetto un segno, che non sarebbe a lui collegato come pertinenza naturale, allora diviene generalmente manifesto ch' egli ha fatto uso del diritto di acquistare la proprietà, e che gli altri non possono occupare senza turbare in questo caso, mediatamente, la libera sua attività, come

(1) Huffeland nella sua prima edizione del *Sistema del diritto naturale* ritiene inutili i segni per l' acquisto della proprietà; ma nella nuova edizione egli limita questo principio, sempre che non si renda necessario un segno determinato, § 226 e pag. 397. Gundling opina che possa aver luogo l' occupazione anche mediante una dichiarazione verbale o scritta. V. cap. XXXI e seguenti.

immediatamente la si turba, mentre una cosa è detenuta da un altro (§ 60), senza render vani i frutti della sua opera, e senza arrogarsi nello stesso tempo ciò ch' egli ha già impiegato nella cosa come già divenuta di lui assoluta proprietà.

§ 67.

La volontà per l'occupazione si esterna nel modo il più manifesto quando si dà una nuova forma ad una cosa che non appartiene ad alcuno. Ciò però non può ritenersi come l'unica specie di indicazione è di acquisizione originaria. I partigiani di questa opinione non spiegano neppure con precisione cosa essi intendono sotto le parole *dar nuova forma* (1). Se questa, secondo la consueta difinizione dei commentatori del diritto romano, deve consistere in quella trasformazione,

(1) Schmals *(Il mero diritto naturale* § 62, e *Spiegazione dei diritti dell' uomo e del cittadino* § 12) sostiene contro Kant, che non si acquista col mezzo di semplici segni, ma soltanto mediante la forma; che, p. e., per mezzo del contrassegno di un albero non si ottiene un diritto esclusivo, ma soltanto col porvi od aggiungervi qualche cosa che gli dia altra conformazione. In che consisterebbe la differenza? Del resto siccome questo stimabile scrittore accorda che la proprietà incomincia colla presa di possesso, e sostiene solamente che le passeggiere dichiarazioni non bastano per la continuazione della proprietà, così la cosa riducesi in ultima analisi ad una semplice questione di parole. Conf. *Osservazioni* di Garve *sopra i Principj di Pellay sulla morale e sulla politica.* Francof. 1788; e Bendavid, *Saggio sulla giurisprudenza*, § 131.

per mezzo della quale la cosa si trasporta in una classe diversa da quella in cui era precedentemente e viene a prendere un altro nome, in allora l'idea verrebbe a ristringersi di troppo contro lo scopo dei difensori dell' accennata opinione: e se per essa richiedesi una considerevole applicazione di forze e di fatica, allora è troppo vaga la condizione. Ma se basta qualunque impiego di forze che un altro volendo occupare la cosa, potrebbe distruggere, o far servire a suo vantaggio, allora basterà anche il *contrassegno* (*segnale*), perchè questo non può farsi perfettamente senza un impiego esterno di forze. In oltre nella semplice presa di possesso (p. e., di una bestia in un luogo lontano) per quanto il contrassegno sia piccolo, egli può costare maggiore spesa e fatica che l' intera trasformazione della cosa, e se, come Kant osserva (Giurisprudenza § 15), non si vuol accordare che il diritto esclusivo principii fino dalla presa di possesso, allora la stessa forma sopra una cosa di nessuno sarebbe inutile, e quindi ella medesima (come pertinenza) diverrebbe tale. Laonde pel motivo soltanto che la dichiarazione incominciata colla sola presa di possesso cesserebbe tosto che cessasse la detenzione, richiedesi perciò una dichiarazione permanente, la quale per altro può aver luogo anche col mezzo di altri segni (1).

(1) Tali segni d' acquisto originario sono indubitati negli animali, quando si uccidono, si feriscono, si

§ 68.

I requisiti essenziali dell' occupazione finora spiegati ci fanno nello stesso tempo conoscere i suoi limiti legali. La facoltà di occupare è dessa pei singoli individui illimitata? e se cotesta opinione (a motivo della eccessiva cupidigia degli uomini) si riconosce pericolosa di troppo per il diritto sulle cose a tutti comune, l' accennata facoltà è forse ristretta al necessario bisogno de' singoli individui? oppure si estende strettamente fin dove la forza fisica può valere a difendere di continuo l' oggetto occupato? ciascuna di queste opinioni ha i suoi difensori (1). La necessità di

---

prendono pei lacci, o si tengono rinserrati nel proprio fondo; quando si rendono mansueti, o s'insegna alli medesimi qualunque sorta di abilità: e trattandosi di cose immobili, quando si coltivano, si circondano di siepi, o si guarniscono di pietre di confine; trattandosi di cose mobili, quand' esse si uniscono, si conservano, si trasformano; e trattandosi di semplici diritti (cose incorporali), quando se ne fa un continuo esercizio. Certo è che rapporto a molti di questi segni esistono delle ambiguità, le quali non possono togliersi senza determinate leggi; ma da questo non si deve inferire che in tal caso tutto dipenda dalla legge positiva. Feder, *Ricerche sulla volontà dell' uomo*, V. cap. 2. § 50.

(1) Tiefirunk (nelle *Ricerche filosofiche*, tom. 1 pag. 272 e seg.) limita il diritto dell' occupazione a ciò ch' è necessario per la semplice conservazione della vita. Schlettwein (*Diritti dell' uomo*, § 96) stabilisce che l'uomo non può appropriarsi, oltre ciò ch' è indispensabile per la sua sussistenza, se non quello che concede la necessaria conservazione dei

ciò che rigorosamente abbisogna all' uomo non può fissare veruna misura, perchè questo non ha soltanto diritto di conservarsi, ma ben anche di procurare la propria perfezione e quella de' suoi simili, non che in generale di agire per i fini praticamente possibili; e perchè il diritto di acquisto non è fondato su quello della propria conservazione (§ 59). Così pure il diritto, come una forza morale, non va del pari colla forza fisica necessaria per assicurarlo e mantenerlo. Ma la natura e la ragione hanno provveduto in modo che la libertà dell' individuo nella presa di possesso non renda inefficace quella di tutti gli altri. Il diritto esclusivo non può essere fondato dalla semplice volontà, e nemmeno dalla volontà separata dagli oggetti (senza contrassegni di essa), ma soltanto da quella ch' è ai medesimi collegata e che può essere conosciuta da chiunque potesse in avvenire pretendere di occupare l' oggetto stesso. Come dunque, e per quale motivo un individuo consumerà tempo, fatiche e spese pei necessarj contrassegni di tanti oggetti

---

suoi simili. Kant opina (al l. c.) che il diritto alla presa di possesso di un terreno si estenda a quella quantità che si può difendere. Si arrecherebbe però un torto grave a questo profondo filosofo, che più esattamente di tutti i suoi predecessori seppe distinguere il morale dal fisico, se si volesse da ciò conchiudere che egli abbia confuso l' uno coll' altro. Questa tesi nella sua teoria della proprietà è collegata con un' altra massima, di cui in appresso si farà parola.

che eccedono di gran lunga i suoi bisogni veri o fittizj? Quindi la misura legale per l'occupazione si ha dalla possibilità della presa di possesso e dai contrassegni.

§ 69.

I limiti dell'occupazione si stabiliscono per mezzo delle legali condizioni di essa non solo rapporto alla misura (alla quantità), ma anche riguardo alla natura (alla qualità) degli oggetti. Non sono oggetti di occupazione: *a* l'uomo. Per natura egli è bensì padrone di se medesimo ma non proprietario; come potrebbe mai divenirlo un altro, ed assolutamente di propria autorità (1)? *b* Le cose sulle quali già compete ad alcuno qualche diritto più prossimo, e delle quali (secondo il diritto naturale) non può provarsi per anco estinto, p. e., le cose perdute, bestie fuggite (2). *c* Le cose che

(1) Questa è una verità di diritto, per la di cui evidenza basta appena accennarla in un sistema, e che per altro in molte nazioni dove si proclamarono altamente i diritti dell'uomo, venne combattuta con pubblici discorsi e fatti che al buon senso ripugnano. Qual è il principio di diritto che non si possa mettere in discussione? Qual è l'ingiustizia che non si possa in qualche modo sostenere finchè la misura del diritto è quella dell'interesse, e finchè la giurisprudenza è subordinata alla rispettata prudenza di Stato? Si giunge più direttamente allo scopo quando si ricusi il carattere di uomo a quella specie di esseri che hanno le teste diversamente conformate, o che hanno la faccia di altro colore, che sono imberbi o che non mai si portano alla chiesa. (V. Homes, *Saggio sopra la storia dell'uomo*, part. 2, pag. 32.)

(2) V. più sotto § 81.

non si possono prendere in possesso, e sulle quali non possiamo esercitare la nostra forza fisica, e *d* che non ammettono alcuna limitazione o contrassegno della presa di possesso. *e* Quelle il di cui uso è universale, e delle quali possiamo usufruirne liberamente senza escluderne gli altri, come le stelle, l'aria libera, il mare libero ec. (1).

§ 70.

La conseguenza legale dell'occupazione è il diritto di proprietà; imperocchè essa racchiude tutte le condizioni, sotto le quali può concepirsi, secondo la ragione, che questo diritto esista. Chi dunque per il primo prende la cosa in possesso ha per l'anteriorità del tempo il diritto per se, e qualunque altro da essa esclude (*Prior in tempore potior est in jure*). Lo stesso diritto competerebbe a quello che prima di ogni altro avesse esercitato riguardo allo stesso oggetto il diritto originario sulla cosa e quello innato. Ed in quel modo che l'altro ha il diritto esclusivo sopra l'oggetto del suo acquisto, così pure appartiene a me la proprietà della cosa che ho acquistata. Quindi il diritto di proprietà è eguale per tutti, e variano soltanto gli oggetti (la materia) nella qualità e quantità (§§ 68 e 69) a' quali esso si riferisce. Spiegasi pure da ciò la ragione per cui

(1) Fino a qual punto possa estendersi il diritto di occupazione sul mare si troverà discusso più accuratamente nel diritto delle genti.

sebbene esistono eguali diritti originarj, eguali diritti innati sulle cose, nullameno i diritti materiali ed acquisiti sopra cose determinate siano diversi (1), ed anzi lo debbono essere per la differenza inevitabile delle posizioni, dei rapporti e delle moltiplici forze spirituali e corporali, per mezzo delle quali si acquistano e si perdono i diritti. Col volere stabilire in essi una eguaglianza non solo si commetterebbe una massima ingiustizia, ma si adotterebbe eziandio una misura, la quale senza distruggere la libera attività dell' uomo durar non potrebbe che poche ore.

§ 71.

Dalla proprietà ebbe pure immediata origine una ineguaglianza di diritti sulle cose esterne determinate (§ antecedente), e mediatamente poi s' introdussero fra gli stessi uomini dotati dell' ordinario uso della ragione anche la *dipendenza* e la *sovranità*, come senza l' ajuto della storia si può comprendere dalla natura della cosa e dalle condizioni dell' occupazione. Quegli che per caso o per propria colpa poco o nulla possiede, trovasi obbligato di sottomettersi ad una forza privata

(1) Il più dovizioso, dice *Schmalz*, non può essere leso di più che nel suo diritto originario; il povero nulla meno che nel medesimo. Amendue non hanno nulla più e nulla meno di questo. Vero è che nel primo esso è collegato a molti oggetti esterni, ma ciò che fa sì che i diritti loro si ritengano tali, è in ambedue perfettamente eguale (*Spiegazione dei diritti dell' uomo*, § 11).

onde provvedere alla propria sussistenza; e poco dopo necessariamente deve nascere l' universale persuasione che alcuna proprietà non si possa ritenere sicura se non sotto la protezione della forza dello Stato; imperocchè come non sarebbero incerte, dietro le premesse osservazioni, le molte specie di presa di possesso? Quanto indeterminati i mezzi di contrassegnare? quanto dubbj i limiti dell' occupazione? A quante obbiezioni in parte fondate, in parte suggerite dalle passioni sarebbero soggetti i mezzi di provare la proprietà? come sarebbe invalido il diritto contro la forza? e come si potrà da me attendere che io rispetti la proprietà altrui se gli altri non rispettano la mia? Col mezzo soltanto di una legislazione che stabilisca con precisione il diritto, di un' autorità legale ed imparziale, e di una forza esecutiva che protegga il debole contro il forte, può esser messo in vigore ed assicurato il diritto di già valido in forza dei principii del diritto naturale.

§ 72.

Restami ancora a far conoscere le difficoltà che si producono contro l' esposta teoria sull' origine legale della proprietà, ed i sistemi e le ipotesi che per risolverle si sono stabilite. I prodotti della natura, si dice, devono nella loro origine considerarsi comuni: ma di un bene comune il cui godimento appartiene a tutti, non si può di propria autorità staccarne una parte a proprio vantaggio e con l' esclusione di tutti gli altri. Chi per una

eccessiva avidità se ne appropriasse una parte sola, introdurrebbe, contro la mente del benefico autore della natura, una somma ineguaglianza, anzi darebbe causa con ciò all' indigenza di molti, ed offenderebbe perfino il diritto alla propria loro conservazione (§ 43) (1).

§ 73.

Per togliere queste ambiguità gli antichi giurisprudenti partono dall' osservazione, che in origine con una piccola popolazione, con una maggiore concordia e con moderazione di desiderj bastava il solo uso ed il godimento dei prodotti della natura; che soltanto l' aumento della popolazione produsse la necessità della coltura, dell' assiduo travaglio; e siccome molti non volevano a ciò adattarsi, la separazione de' beni, la garanzia dei frutti dell' industria, e quindi si è introdotta la proprietà. Essi osservano che gli uomini si allontanarono dall' originaria comunione delle cose per mezzo di una convenzione tacita o espressa di divisione, ritenendo però che tutto quanto non formasse parte di quella, dovesse esser ancor soggetto all' arbitraria occupazione, e che nello stesso tempo fosse riservato a ciascuno l' uso innocuo, ed in caso di estrema indigenza il diritto di necessità (2). Ma chi non vede che

(1) Puffendorf, *de jure nat. et gent.*, lib. 4, § 4 e seg. Velthuysen, *de princip. just. et decor.* p. 100.

(2) V. Grot. L. 2, § 2. Puffendorf al l. c. Confr. Feber. *Ricerche sul volere dell' uomo* al l. c.

con questa esposizione si passa da una ipotesi ad una finzione? Le presunzioni sulle cause che diedero origine alla proprietà possono aver luogo nella storia dell' uomo; ma non nella scienza del diritto, la quale si deve dedurre dai principj della ragione. E come si proverà l' asserita convenzione di divisione e le sue modificazioni? Nel caso poi che si contraddica la presunzione a motivo che la fatta divisione, almeno in apparenza, sia riuscita inegualissima, e come non ne mancano esempi, come si potrebbe provocare una nuova divisione? In sostanza, ben ponderata la cosa, si comprende che questi giureconsulti si studiano di sciogliere un nodo che fu da essi stessi formato. È falso che i beni della terra in origine si trovassero in comunione, di cui, come in una comunanza positiva introdotta mediante convenzione che presuppone proprietà, ciascuno ne partecipasse. Il solo diritto d' impiegare in proprio uso per fini arbitrarj cose prive di padrone, è innato ad ogni uomo, come conseguenza immediata del diritto originario, ed è quindi a tutti comune. Per questa stessa causa non si ha bisogno, per l' esercizio di questo diritto, che prima vi sia il consenso degli altri. Che se qualcuno lo esercita realmente, acquista un diritto esclusivo sulla cosa, e per conseguenza non è tenuto a render ragione ad alcuno (1).

(1) Si è confuso il diritto più indeterminato di acquistare le cose col diritto fondato sopra un og-

§ 74.

Altri scrittori stabiliscono per fondamento le medesime osservazioni delle quali si è fatta menzione al § 72; poscia essi dimostrano la necessità d'introdurre la proprietà per la doverosa conservazione della vita. Si dipinge da loro il vantaggio che nasce per la moltiplicazione od il miglioramento de' prodotti, per l'attività e perfezionamento delle forze, e se ne deduce il diritto dell' occupazione (1). Ma anche questi principj sono eterogenei. Il calcolare le ragioni dell' utilità dell'industria e del bene della società è opera del politico (§ 17). Se però ed in quale esten-

---

getto determinato, e coll'idea di una comunanza positiva. Se tutti avessero un diritto sopra ogni oggetto isolato, sarebbe un atto illegittimo anche il far uso di una cosa qualunque senza il consenso di tutti gli uomini: il che pure sarebbe oltre modo inconveniente, e non viene nemmeno sostenuto da *Gorzio* nè da *Puffendorfio*. Se però si ha un diritto di usare delle cose ed anche di consumarle, perchè dunque, essendo diretta tutta l'azione legale dell' uomo a fini futuri, dovrebbe essere ingiusto il conservare delle cose esclusivamente, affinchè possano di bel nuovo ritornare ad altri? Chi uccide del salvaggiume lo toglie all'uso altrui, come se invece lo rinchiudesse. La cosa non sta nel più o nel meno, quando si domanda se mediante una qualche azione si leda un diritto. La comunanza originaria non è altro, come osserva con brevità e giustezza *Klein* (*Principj del diritto naturale*, § 243) che la libertà naturale applicata a cose prive di ragione ed inanimate.

(1) *V. Pelay, Principj di morale e di politica, trad. da Garve*, pag. 109 e 501. Feder al l. c.

sione sia dovere l'acquistare proprietà, il porre limiti alla tendenza che abbiamo ad acquistarla, ed il concorrere ai bisogni altrui, deve giudicarlo il moralista (§ 10). Che se finalmente la proprietà fosse fondata sul diritto della propria conservazione, allora siccome l'effetto si estende fin dove giunge la causa, ella non potrebbe eccedere l'urgente bisogno, ed il ricco sarebbe tenuto a lasciare ai bisognosi tutto ciò che a lui non abbisognasse per la sua conservazione.

§ 75.

Hobbes (§ 31) dal diritto di tutti su tutto dedusse la conseguenza, che nello stato di natura nel conflitto tra i diritti e la forza non havvi proprietà, ed opinò che soltanto nella società civile la quale riunisce la volontà di tutti in quella del principe, siasi introdotta la proprietà col mezzo della legge, della forza giudiziaria, e dell' autorità sovrana (1). Kant (2), nella sua teoria sull' acquisto originario stabilisce il principio, che nello stato di natura non esiste la proprietà assoluta permanente, ma soltanto quella provvisoria. Siccome tutti hanno diritto alle cose esterne, io non posso, come egli dice, acquistarne alcuna di propria autorità e ad arbitrio, e quindi imporre a tutti il dovere di riconoscerla per mia. Per render dunque qualche

(1) *De Cive*, C. 6. § 15.
(2) *Principj del diritto natur.* T. 1. p. 149 e seguenti.

cosa di mia proprietà, io devo averla acquistata d' accordo colla volontà comune, e per conseguenza o in forza di una legge alla quale tutti abbiano veramente acconsentito, od a cui, secondo la legge della ragione, tutti debbono acconsentire. Il primo caso ha luogo nello stato in cui per la riunione della volontà generale in quella del legislatore esistono leggi sull' acquisto della proprietà che si custodiscono e si fanno rigorosamente osservare dall' autorità suprema. Ciò che io acquisto nello stato secondo la legge, lo acquisto in modo assoluto e permanente. Ma se qualche cosa acquisto nello stato di natura secondo le condizioni derivanti dalla legge del diritto, alle quali, mancando l' unione, non si sia ancora veramente ed espressamente consentito, e che pure secondo la legge del diritto tutti debbono acconsentire, allora il mio acquisto è semplicemente provvisorio, ed il mio possesso soltanto presente, nel quale possesso per altro io posso con diritto difendermi contro gli altri, purchè io sia disposto a riconoscere la proprietà altrui, ed a contrarre a tal fine con essi una unione civile. La volontà comune riunita in quella dell' autorità suprema ci garantisce nello stato civile che la proprietà sarà lasciata intatta. Nello stato di natura quand' anche io sia disposto a contentarmi della mia proprietà ed a rispettare quella degli altri, non ho tale sicurezza, dunque come si potrà allora presumere che rispetti la proprietà degli altri? Nello stato civile vi ha un pos-

sesso realmente legittimo pel concorso della volontà di tutti in una pubblica legislazione; in quello di natura il possesso è fisico, il quale però ha per se la presunzione che possa divenire un possesso legale per il concorso della volontà di tutti in una pubblica forza. Quindi nello stato di natura, prosegue Kant, si ha pure il diritto di obbligare tutti quelli coi quali si potesse in qualunque siasi modo entrare in relazione, a mettersi con noi in una unione sociale per cui si possa assicurare la proprietà, e rendere l'acquisto assoluto e permanente (1). Fichte sostiene pure non esservi alcuna proprietà sicura e veramente valida nel foro esterno, se non quella ch' è riconosciuta dall' intero genere umano per mezzo della riunione in stati.

§ 76.

Benchè per altro coteste opinioni si discostino apparentemente da quella degli altri scrittori di diritto naturale, pure esaminandole accuratamente sembra che la differenza si trovi più nelle parole che nella cosa stessa. Tre questioni possono stabilirsi riguardo al diritto di proprietà, come riguardo agli altri, che formano un oggetto del diritto privato naturale. Cotesto diritto può egli essere riconosciuto da se solo, separatamente, e senza riguardo ad alcuna legislazione positiva? Sarebbe esso realmente riconosciuto e rispettato

(1) *Principj met. della Giurisprud.*, pag. 55 e seg.

nello stato di natura? Sarebbe pure egli in quello stato garantito? Alla prima questione, cioè se la semplice ragione dia già all' uomo la facoltà di impiegare esclusivamente delle cose pe' suoi fini arbitrarj, convien rispondere affermativamente in forza delle verità generali dedotte dal superiore principio di diritto, e la stessa non viene decisa negativamente nemmeno dai menzionati scrittori, se si esaminano con attenzione le loro dottrine. La risposta alla seconda questione dipende dall' idea che si forma dello stato di natura. Se questo si prende per uno stato di rozzi semi-uomini, presso i quali in vece del diritto si fa valere la forza, allora, per vero dire, non si può discorrere di riconoscimento o rispetto di proprietà. Ma se nell' esame dei diritti dello stato naturale si prescinde soltanto, come dee farsi, dal considerare una autorità suprema (§ 15 e 21), si vedrà che anche senza di questa si rispetterebbe l' altrui proprietà in parte per pura persuasione propria, ed in parte per motivo di proprio vantaggio (per simpatia, per prudenza, per timore di una forza maggiore). La piena sicurezza delle proprietà non si ha da molti neppure nello stato civile; poichè può esser violata dalla ignoranza o dalla parzialità dei giudici, ed anche dall' astuzia e dalla violenza degli altri concittadini. Ella è però una verità già da gran tempo riconosciuta, che gli acquisti nella società civile sono più precisamente determinati; che per mezzo di giudicj che hanno forza di leggi

vengono sciolti, e posti fuor di tutti i dubbj (pratici e suscitati dal solo spirito d'opposizione), e che sono più efficacemente protetti dalla pubblica amministrazione. Ora se Hobbes richiede che nello stato la proprietà dei privati debba determinarsi e giudicarsi secondo le leggi della ragione; se Kant dice che col mezzo delle civili unioni il *suo* dell'uomo ossia la di lui proprietà viene soltanto assicurata, ma non formata nè determinata propriamente, perchè la garanzia presuppone già stabilita la proprietà di ciascuno a cui essa viene assicurata; se Fichte per istabilire la convenzione di proprietà da lui adottata sui limiti dell'occupazione propone regole tali, la forza e validità delle quali devono ammettersi, anche senza alcun ordine civile, secondo la legge del diritto; se per ultimo si ammette un diritto esistente prima di ogni unione, per effetto del quale si può anche colla forza esigere dagli altri che si stabilisca un consenso uniforme per riconoscere la proprietà: non v'ha dubbio che anche qui si potrebbe sperare una conciliazione tra i filosofi giureconsulti (1).

---

(1) V. Hobbes, l. c., c. 13, § 8 e 10. Kant al l. c. Fichte, *Principii del Diritto naturale*, Part. II, § 18. Confr. Hoffbaver, *Diritto generale di Stato*, Part. I, sez. 15. Stefani, *Osserv. sulla Giurisprud. di Kant*, § 14. 17.

Capitolo Secondo.

Delle conseguenze legali della proprietà.

§ 77.

Chiamasi diritto di proprietà il diritto di disporre di una cosa esterna (di qualunque specie ella si sia (1)) a proprio arbitrio, e con esclusione di tutti gli altri (§ 57); e per conseguenza una facoltà morale di fare in essa e con essa tutto ciò che non arrechi pregiudizio ai diritti altrui. Un tal diritto deve dunque considerarsi come un complesso d'innumerabili diritti, i quali però riguardo alle condizioni necessarie al pieno di lui esercizio possono ridursi a tre fondamentali: *a* al diritto di possesso; *b* al diritto dell'uso, e *c* a quello di proprietà (§§ 71-81). Che se il dominio con li diritti ond'è composto (come l'idea stessa del diritto lo richiede (§ 11)) si riferisce ad altri (2),

(1) Le diverse denominazioni dei diritti isolati che debbono essere differenti dalla proprietà indicano soltanto, se bene si considerano, i diversi oggetti, ai quali la proprietà esistente in ogni diritto si riferisce, come p. e. il diritto di possesso, di usufrutto, di pegno. Di ognuno di questi diritti è lecito servirsi a piacere ed esclusivamente da tutti gli altri; dunque ogni diritto è in questo senso diritto di proprietà. Gutjahr. *Piano del Dirit. Nat.* § 33. Nel diritto positivo la parola proprietà viene generalmente intesa di cose corporali. Hopfner, *Comment. sulle Istituz. di Eineccio*, § 287.

(2) Se un uomo esistesse solo sulla terra, allora l'idea della proprietà che sempre si riferisce alla

egli è propriamente un diritto meramente negativo, vale a dire diretto allo scopo che non si può impedire al proprietario la disposizione della cosa sua, ciò ch' egli può pretendere da chicchessia (§ 7). Quindi il diritto di proprietà (*objective*) viene annoverato fra i diritti reali sulle cose (§ 56); in opposizione del diritto (*objective*) personale, che ha luogo solamente contro una determinata persona (come p. e. il diritto di convenire colui che promise di fare qualche cosa) (1).

§ 78.

Il diritto di possesso come condizione subbiettiva dell' esercizio del diritto di proprietà (§ anteced.) consiste nel diritto di detenere una cosa, cioè di ridurla e conservarla in un rapporto tale con la nostra persona per cui siamo certi di avere la libera facoltà di compiere la volontà nostra di disporre della cosa medesima con esclusione degli altri (§ 46). Nasce da ciò il diritto di escludere chiunque dal possesso della cosa in tutte le sue parti; d' impedire ogni influenza sulla medesima, di conservarla, rinchiuderla, custodirla a questo effetto, e di richiamarla in nostro possesso da qualunque detentore da cui senza nostra volontà fosse ritenuta (2).

---

esclusione degli altri non avrebbe luogo. Noi non abbiamo neppure nel senso letterale un diritto in una cosa, ma un diritto di escludere tutte le altre persone dalla cosa, in quanto ella ci appartiene.

(1) Confr. più sotto al § 110.

(2) Cosa possa in oltre domandare il proprietario

§ 79.

Il diritto dell' uso preso in lato senso ha per oggetto l'arbitraria ed esclusiva disposizione della cosa propria in tutta la sua estensione, e per tutti i fini a lui possibili (1). Ma il proprietario in forza del suo diritto illimitato di disporre può eziandio tralasciare di godere della cosa, o proibire a chiunque l' uso della medesima, od alienarla in tutto o in parte sotto condizione o no, contro pagamento di danaro o senza.

§ 80.

In forza del diritto di proprietà, cioè del diritto dell' esclusiva ed arbitraria disposizione della stessa sostanza della cosa, il proprietario può dare ad essa una tutt'altra forma (specificarla), consumarla, rovinarla a capriccio, benchè ciò possa essere contrario alla morale; e siccome la proprietà si considera come parte principale del tutto, così avuto primieramente riguardo alla medesima, egli può rinunziare alla cosa stessa rispetto alla sua sostanza, e non solamente rapporto al possesso e all' uso

---

che venisse diffidato di rilasciare la cosa, e se sia egli obbligato a provare la sua proprietà, sarà in altro luogo discusso. Confr. più sotto li §§ 81, 87 e 185.

(1) L'uso però è sempre legittimo, persin quando esso reca danno agli altri; solamente in quanto non tolga nè immediatamente, nè mediatamente ciò che per diritto innato o acquisito appartiene ad altri. Così, p. e., io posso innalzare la mia casa quantunque con ciò tolga la libera vista al mio vicino.

(§§ 78 e 79), ma anche in via assoluta, o sotto condizioni che un altro l'acquisti, che è quanto dire che può abbandonarla o cederla ad altri. In quest'ultimo caso poi egli può o trasferire l'intera proprietà, o qualche diritto principale o singoli diritti derivati sulla cosa medesima. Quindi il diritto di proprietà dicesi pieno, quando ad una persona (fisica o morale) appartengono tutt'i diritti fondamentali della proprietà; o meno pieno, allorchè essi sono divisi in modo che ad uno appartenga la sostanza (il dominio diretto, la proprietà del fondo), e all'altro il diritto di possesso dell'usufrutto (il dominio utile) (1); o limitato quando vengono ad altri concessi diritti parziali, che limitano la libertà del proprietario, come il diritto di pegno (§ 139), quello di servitù reale e simili (2). Può altresì avvenire che in forza di una contemporanea occupazione, o del libero consenso del proprietario esclusivo, molti abbiano in pari tempo il pieno possesso di

(1) La proprietà meno piena di una cosa non è veramente, come osserva Achenwal (*Jus. nat.* § 140), una vera proprietà della cosa stessa. Tuttavia siccome ognuno dei diritti fondamentali può essere considerato nuovamente come un complesso di più diritti, perciò se ne lascia sussistere il nome.

(2) Una più profonda spiegazione delle limitazioni del diritto di proprietà in un colle loro modificazioni per la maggior parte accidentali spetta in parte al diritto pubblico, ed in parte al diritto privato positivo.

una cosa. Ha luogo in allora la comproprietà (una comunione positiva) in cui i diritti di ogni consorte sono limitati dagli eguali diritti degli altri.

§ 81.

Al diritto del proprietario riguardo al tutto, ed alle parti del medesimo (§ 77) corrisponde generalmente l'universale dovere negativo di non impedirgli in verun modo il libero esercizio legale esterno del diritto stesso. Se una cosa, che sappiamo essere di un altro, venne nelle mani nostre senza nostra colpa e per caso (come pel ritrovamento di una cosa perduta, o per circostanze imperiose gettata via), allora la legge di diritto nello stato di natura non prescrive, è vero, di aiutare il proprietario a ricuperarla, di ricercarla e di rimettergliela (1), ma ella esige però che ci asteniamo dal fare ogni uso di questa cosa, che da noi non si nasconda, e che non si ritenga se essa ci viene domandata (§ 78). Che se poi la detenzione fosse derivata da colpa del detentore, allora questi avrebbe anche il dovere di occuparsi onde farne la restituzione (§ 48 confr. col § 179).

(1) Che non si possa impedire al proprietario di esercitare il diritto di avere la cosa, diritto a cui Volfio si riporta (*J. n.*, T. II, § 466), questo è assolutamente un dovere positivo; ma quello d'impiegarsi attivamente per lui a questo fine è fondato nella presupposizione, che ritenendo la cosa se ne renda ad esso più difficile il ricuperamento; dovere soltanto etico, che però nello stato può essere prescritto come dovere di diritto.

§ 82.

Che se il detentore di una cosa altrui si conduce come proprietario di essa, se ne rende possessore (§ 46), allora, giusta il comune sentimento, il dover suo verso il proprietario vien regolato dalla differenza se sappia che la cosa appartenga ad altri, o se lo ignori. Nel primo caso chiamasi possessore di mala fede, nel secondo dicesi possessore di buona fede (ivi) (1). Tutto ciò che quegli fa od ommette nella cosa altrui a pregiudizio del proprietario, è un'ingiusta lesione che lo sottopone al dovere della riparazione (§ 48). Quindi esso ha l'obbligo *a* di rimettere la cosa, quanto prima possa, dove la tolse; *b* se la cosa o per sua colpa, o per un caso che non le sarebbe avvenuto nel luogo in cui egli la prese, venisse distrutta, o deteriorata, il medesimo è tenuto a rimborsarne il prezzo, o a restituire *c* quegli utili (§ 79) che ha percepito dalla cosa altrui, o che secondo le circostanze ordinarie, e quindi presumibili, il proprietario avrebbe dalla medesima (2) conseguiti. (§ 48). Per l'opposto il possessore di buona fede, secondo la comune opinione, non può essere con-

(1) Chi p. e. crede con fondamento una cosa altrui essere cosa che non abbia padrone, e se ne impadronisce, è un possessore di buona fede; ma il ladro, il rapitore è un possessore di mala fede.

(2) Vattel, *Ricerche pel Diritto naturale*, pag. 77 e seg., decide con perspicacia alcuni casi a tal proposito relativi.

siderato come un violatore del diritto altrui, rispetto al danno che il proprietario risente dalle di lui azioni, perchè dall' un canto egli non conobbe il diritto del proprietario, e quindi nè meno il dovere ad esso corrispondente, e dall' altro la cosa è pervenuta nelle sue mani o per colpa dello stesso proprietario, o per caso, o per colpa di un terzo, contro il quale il proprietario stesso si può rivolgere. Benchè ad un tal possessore incumba l' obbligo di cedere la cosa, nel caso che gli venga domandata (1), con tutti gli utili da lui raccolti, e che tuttora esistano, pure non si può fare al medesimo verun carico di tutto ciò che durante la sua buona fede egli ha fatto od ommesso riguardo alla cosa ed alle sue pertinenze.

§ 83.

Ma anche il proprietario non può chiedere se non quello che veramente è suo. Quando il possessore (di buona o di mala fede) abbia fatto delle spese necessarie per la conservazione della

---

(1) Il professore Schmalz oppone che il proprietario distruggerebbe in tal modo gli atti d' acquisto del possessore di buona fede, e li convertirebbe a vantaggio della cosa sua (*Puro diritto naturale*, § 79). Io rispondo: che nella proprietà altrui non si può fare di solo proprio arbitrio, e che il proprietario rivendica soltanto ciò che è suo. Senza la rivendicazione della proprietà non vi sarebbe alcuna proprietà (durevole), perchè per estinguerla basterebbe togliere la cosa al proprietario e cederla a qualche terzo.

cosa (1), o utili per un uso più proficuo della medesima, il proprietario non può arrogarsi i vantaggi che ne derivarono senza rimborsare le spese fatte (§ 85). Quello che il possessore aggiunse alla cosa per mero suo ornamento, può levarlo, salva la sostanza della cosa medesima; nè si può esigere che il proprietario debba rifondere contro sua voglia anche le spese voluttarie e di ornamento che non accrebbero realmente il valore della cosa; poichè niuno può dedurre diritti da ciò che fece per suo puro diletto.

§ 84.

Dal diritto del proprietario fin qui considerato secondo il suo tenore dipende anche il diritto di accessione. Chiamasi accessione (in ampio senso) tutto ciò che senza cessione per parte del proprietario (§§ 80 e 93) o per le sole forze della natura, o per le azioni dell'uomo che quelle dirigono ad un determinato fine, o in amendue i modi nello stesso tempo si congiunge con qualche cosa (*principale*) (2). (Accessione *naturale, ar-*

(1) Ciò è anche riferibile: l'impiego di forze (p. e. l'andare sott'acqua) senza delle quali la cosa sarebbe assolutamente perduta pel proprietario. Un diritto di premio pel ritrovamento di cosa perduta fondasi soltanto sopra una convenzione o sopra una legge positiva.

(2) Così *a* il feto d'un animale; *b* l'alluvione ossia aggregazione di piccole porzioni di terreno fattasi a poco a poco ad un nostro fondo; *c* le considerevoli parti di terra che per forza di un fiume

tificiale, mista.) Compete al proprietario il diritto di disporre della cosa sua rispetto a tutte le parti accidentali e sostanziali della medesima (§§ 79 e 81); ma non è lecito occupare la cosa altrui contro la volontà del proprietario. Da questi assiomi può giudicarsi del diritto di accessione.

§ 85.

Quando l'accessione non derivi da una proprietà altrui (1), se consiste in un emolumento ordinario della cosa principale, avuto di mira nell'acquisto della medesima, che sia nato per forza interna, e col concorso della mia cooperazione, allora come un frutto ed utile ordinario della cosa, essa tosto che si è fatta, diventa mia (§ 79). Fuori di questo caso, in forza del diritto che mi compete di esigere che niuno si usurpi nemmeno nella più piccola parte la mia proprietà, ho almeno il diritto di preferenza (esclusivo) di appropriarmi l'accessione (§ 78) (2); o ella resta mia,

---

vengono unitamente trasportate ed aggiunte al nostro terreno; *d* la formazione d'un' isola; non che e l'alveo abbandonato, sono accessioni *naturali*. Le *artificiali* sono: il congiungimento mediante tessitura, pittura, ferratura, impiombatura, edificazione, seminazione, piantazione, e riduzione in nuova forma (§ 67); il commischiare delle cose aride, ed il confondere delle cose liquide, sono accessioni *miste*.

(1) La cosa cessa di essere proprietà altrui anche quando le traccie della proprietà (come p. e. nelle porzioni di terra riunite per alluvione) si sono perdute (§ 64).

(2) Così possono conciliarsi le diverse opinioni sulla controversia, se mediante la proprietà della cosa,

perchè già prima lo era. Ma se ciò che si accresce alla cosa mia (materia o forma) è proprietà di un altro, in allora gli rimane il suo diritto, e per conseguenza la medesima a lui dev' essere restituita quando sia possibile la separazione, ovvero nasce una comproprietà da determinarsi secondo il valore di amendue le cose, salvo però al danneggiato il diritto all' indennizzazione (§ 48) verso quelli che avendo col fatto loro data causa alla comproprietà, gli recarono danno (1).

§ 86.

Conseguentemente i parti di un animale (2) e le parti di terreno trasferite da un fiume straripato al mio fondo, retrocedendo il fiume sono di mia libera proprietà; e così pure ciò che della proprietà mia mediante accessione artifiziale o mista io congiungo ad una cosa mia. Il terreno che venne trasportato vicino al mio fondo, l' isola nata

---

principale, o soltanto mediante l' occupazione si divenga proprietario dell' accessione. V. Achenwal, *J. n.*, § 154; e Schmid, *Sistema del diritto naturale*, § 233. La cosa che ognuno ha diritto di appropriarsi di preferenza chiamasi vacante *(res jacens)*.

(1) Confr. Vatel, *Ricerche* ec., pag. 70, e Groz. *Dottrina della Giurisprud. filosofica*, § 159.

(2) Grozio *(De jur. belli et pacis*, II. 8, § 15) opina che il proprietario di animali che partoriscono abbia la comproprietà dei figli. Volfio vi s' oppone, *J. N.* T. II, § 335. Schlettwein *(Diritto dell' uomo*, § 143) sostiene che dopo introdotta la proprietà delle terre ove si nutrono le bestie selvaggie, il diritto di caccia appartiene soltanto ai proprietarj del fondo come una pertinenza del medesimo.

in un mio fiume, si possono da me solo occupare. Negli altri casi se la mia proprietà ha ricevuto un accrescimento da una cosa altrui, per esempio, da una porzione di terreno di un altro che siasi portata ed aggiunta dalla forza di un fiume al mio fondo, o dall' altrui industria, p. e., mediante inclusione, o riduzione in nuova forma, allora rimane all' altro il diritto di esigere la separazione quand' essa sia possibile, ed una parte proporzionata di comproprietà. Ma comprendesi naturalmente che colui il quale di sua autorità deteriora la cosa, od occasiona spese all' altra parte (p. e., per la separazione) è tenuto ad indennizzazione (§ 48).

§ 87.

Le lesioni di diritto che si riferiscono alla proprietà sono *a* il furto con cui si toglie ad alcuno una cosa mobile a proprio o ad altrui vantaggio; *b* la rapina, la quale succede con forza minacciata, o realmente impiegata contro la persona; *c* l' invasione mediante la quale si scaccia il proprietario dal possesso di una cosa immobile; *d* l' inganno che s' impiega per indurre un altro in errore, e quindi per pregiudicarlo nella sua proprietà; e ogni dolosa o colpevole lesione di qualsivoglia oggetto di proprietà altrui e qualunque usurpazione del diritto, con l' esclusione di quelli ai quali potesse competere.

§ 88.

Molti scrittori fanno tre eccezioni alla legge che

prescrive di non far uso di una cosa senza il consenso del proprietario. Essi sostengono che rapporto alla proprietà altrui vi sia *a* un diritto d' uso innocuo, *b* un diritto di necessità, e *c* un diritto di prescrizione. Il diritto dell' uso innocuo di una cosa altrui lo fondano essi in parte in una tacita eccezione nella introduzione della proprietà (§ 73), in parte nella legge di diritto, la quale ci concede la libertà di fare tutte quelle azioni che non pregiudicano alcuno (1). Ma la tacita eccezione è, come l' originaria convenzione di divisione, una vana finzione (§ 73). Il proprietario ha il diritto di escludere chiunque dall' uso della sua proprietà; quindi, contro sua voglia, a nessuno può appartenere la libertà di farne alcun uso, sebbene innocuo. Gli stessi sostenitori della contraria opinione concedono che, potendo l' apparenza ingannare, il proprietario dev' essere prima interrogato se l' uso sia innocuo (2). Ma siccome egli non può essere obbligato ad esternarne la sua opinione o a render conto della sua condotta riguardo alla di lui proprietà, molto più che le circostanze spesso non gli permettono di palesare

(1) Ciò è sostenuto dalla maggior parte degli antichi professori di diritto naturale. Groz. l. c. 11, § 21. Daries, *Obs. jur. nat.* l. 11. Volfio, *J. N.* T. V, § 6862, confonde qui come in altri casi il diritto colla morale.

(2) Martini, *Posit. de lege nat.* ec. § 383. Nello Stato possono dichiararsi come obbligazioni alcune azioni tollerate, che per un individuo sono innocue, e per l' altro utili.

i motivi del suo rifiuto, così non può sostenersi il diritto dell'uso innocuo. Si può soltanto ammettere che in molti casi, nei quali siasi fatto della cosa altrui un uso ad evidenza innocuo, debba ragionevolmente presumersi il consenso del proprietario cui fosse stato impossibile di ricercarlo, e che quindi un tal uso, sebbene fatto di proprio arbitrio, non sia almeno da imputarsi come una lesione recata all'altrui diritto con prava intenzione.

§ 89.

Ma assai più dubbia è la questione se il caso di necessità estrema dia il diritto d'impadronirsi della cosa altrui (confr. il § 189) per allontanare il pericolo della propria vita. Molti, nell'ipotesi che il proprietario non si trovi nello stesso pericolo, e sotto l'obbligo di risarcimento, sostengono un tale diritto sotto la denominazione di *diritto di necessità* (1). La vita come un bene non suscettibile di compenso (essi dicono) è di assai maggiore importanza che la perdita, o pure la sola privazione momentanea di un bene che può cambiarsi, e che si può soltanto considerare come un mezzo per conseguire lo scopo della propria conservazione; quindi il proprietario ha il dovere di posporre quest'ultimo al primo bene.

(1) Oltre i diversi antichi giureconsulti veggansi Feder, *Principj della scienza della volontà dell'uomo. Diritto natur.* § 16. Huffeland, *Sistema* ec. § 246. Klein, *Principj* ec. § 113. Confr. § 73.

Soggiungono questi autori che si deve anche presumere con tutto il fondamento il consenso del proprietario; e se questo vi si opponesse, potrebbe essere considerato come violatore del sacro diritto della propria conservazione, e quindi esser costretto anche con la forza all' adempimento del suo dovere.

§ 90.

Non v' ha dubbio, che, secondo i principii dell' etica, la conservazione dell' uomo non debba essere preferita alla conservazione di un bene esterno. In circostanze urgenti si può assolutamente presumere il consenso del proprietario; e quindi non si può ritenere una colpevole intenzione in quello che posto in un estremo pericolo si serve di una cosa altrui come unico mezzo di salvezza (1). Insorgono però gravissimi motivi contro la massima di dichiarare una simile azione un diritto che si possa sostenere anche colla forza contro un proprietario che ricusasse il suo consenso. Oltre che sovente lo stato di necessità è soltanto una asserzione gratuita, la quale almeno al proprietario può apparire non fondata, oppure essere un effetto della pigrizia e dell' indolenza; oltre che il proprietario stesso può ritrovarsi in

(1) Così p. e. non si potrebbe trattare come un ladro quello che nell' estrema necessità avesse preso un pezzo di pane altrui, o avesse procurato di sottrarsi ad un nemico che lo inseguisse con un cavallo o con una barca che fosse di proprietà di un altro.

una situazione egualmente pericolosa, quantunque ciò non appaja agli altri; egli è certissimo che il medesimo nel difendere la sua proprietà non fa che esercitare il suo diritto e per conseguenza non fa ingiustizia ad altri. Ma gli stessi sostenitori del diritto della necessità, accordano che il proprietario, nonostante l'altrui urgenza, rimanga nel legale possesso del suo bene, poichè non impugnano che per l'uso della cosa sua gli si deve risarcimento. Ora se lo stesso ricusa a quello che si trova in urgente pericolo, l'uso della sua proprietà, con ciò non provvede, è vero, alla di lui conservazione, ma non si può nemmeno sostenere che gli impedisca la libertà legale di conservarsi (§ 5) (1). Siccome dunque l'avaro che seppellisce i suoi tesori, non può qualificarsi per un offensore del diritto altrui, sotto il pretesto che egli impedisca agli altri l'esercizio del diritto di perfezionamento, nè può il medesimo costringersi a ceder loro, contro indennizzazione, l'uso della proprietà sua; così pure il diritto privato di natura non permette di conservare se stesso con l'uso della proprietà altrui contro il volere del proprietario. Non può esistere un diritto di offendere i diritti altrui per conservare i nostri, nè la stessa mo-

(1) Nei codici penali viene accordata la necessaria difesa anche per la conservazione de' proprj beni. Ella però sarebbe ingiusta se fosse un assoluto dovere di diritto il sagrificare la sua proprietà per la vita degli altri.

rale ci fa un dovere di conservare la vita nel caso che in modo legittimo (senza contravvenzione al supremo dovere della giustizia) ella non possa essere ulteriormente conservata (1). Del resto, come il diritto pubblico c'insegna, il dovere etico di posporre il suo bene esterno alla conservazione de' suoi concittadini, può nello stato essere convertito in un dovere positivo.

§ 91.

La perdita di un diritto col non usarne per lungo tempo chiamasi prescrizione. L'acquisto di

---

(1) Coccejo (Cor. 3. Disp. LXII. vol. 1.) e Kohler (*Exercit. jur. nat.* § 1218) hanno vivamente combattuto il preteso diritto di necessità. Lo stesso Volfio, che lo sostiene, dice in altro luogo: *Etenim atrocitas famis est malum difficulter superabile, ex eo autem jus nullum sequitur ad actum lege prohibitum. Sane si hoc admittere velis ad evitandum tormenta quævis illicita patrare liceret* (l. c. T. 6, § 587 not.) Se noi accordiamo, dice Porschke, di oltrepassare soltanto di un punto i confini della giustizia, dovremo pure concedere che si oltrepassino anche di un pollice, e gli uomini si allontaneranno tanto da questi confini, che non si ricorderanno nemmen più ch'essi esistono (*Introd. al Diritto popolare di natura*, pag. 67). Molti casisti hanno realmente esteso il diritto della necessità anche al bisogno urgente che esiste quando non si può vivere secondo la propria condizione, o quando non si sa con che pagare i debiti, e che si è costretti a mendicare, e ciò in forza dell'assioma, che *fama et vita pari passu ambulant.* (Joh. La Placette, *Dell'indennizzazione*, trad. dal francese. Lemgov. 1775). Molti ladri, come lo confermano molti processi criminali, credono pure con ciò di potere giustificare i loro furti.

una cosa altrui mediante il lungo possesso della medesima congiunto colla buona fede, dicesi usucapione. Secondo il diritto di natura militano sì per l'una che per l'altra i seguenti motivi. Quegli che per lungo tempo tralascia di esercitare un proprio diritto manifesta la sua rinunzia al medesimo (cessione od abbandono, § 80). Dopo la quale, se un altro impiega la cosa a suo proprio uso, non è più lecito al primo di rivendicare il diritto primitivo. Senza un atto continuo di possesso non può certamente il proprietario far prova del suo diritto; ed in conseguenza anche per questa ragione esso deve ritenersi estinto e già trapassato nel nuovo attual possessore. S'aggiunge che senza l'efficacia dell' usucapione niun acquisto per occupazione o per convenzione (§ 36) sarebbe mai abbastanza assicurato, poichè si dovrebbe sempre temere che si presentasse un possessore più antico a provare l'anteriore suo diritto; contro cui non sarebbe possibile il difendersi per mancanza delle prove contrarie che potrebbero andar disperse nel tempo intermedio. La sicurezza dunque e la prosperità degli uomini sembrano esigere la prescrizione (1).

---

(1) Grot. *De jure belli et pacis*, l. 4, § 1 e seg. Puffendorf. *De jure nat. et gent.* IV, c. 12, § 9. Gundling. *J. n.* 20, § 61. Wolf. *J. n.* t. 3, § 1021 e seg. Kant, *Giurisprud.* pag. 131, l. 11; ed altri.

§ 92.

I difensori dell'usucapione, colla quale sta o cade anche la prescrizione, non possono primieramente negare che il proprietario di una cosa quand'è sortita dal suo possesso soltanto da poco tempo, abbia il diritto di reclamarla dal possessore di mala fede, ed anche da quello di buona fede, perchè l'ignoranza e la buona fede del possessore non possono far cessare il diritto del proprietario (§§ 78. 82). Ora per quanto tempo dovrà il possessore rimanere in possesso della cosa per escluderne il proprietario in forza della prescrizione? La ragione legale non lo stabilisce; e ciò può essere soltanto determinato dall'arbitrio (dalla legislazione positiva). In qual modo poi ciò che considerato per se stesso fu sinora un'ingiustizia, può mai convertirsi in un diritto perchè durò lungo tempo? e come un uso quanto si voglia lungo, il quale, per esser giusto, presuppone già un qualche diritto, può stabilire il primo ed originario fondamento di un diritto? Non si può assolutamente ammettere l'illazione della rinunzia dedotta dall'interrotto uso, la quale può aver avuto diversi altri motivi. La presunzione viene distrutta dalla contraddizione del proprietario. Ed in fatto fra i diritti del proprietario si annovera anche quello di astenersi dall'usare della cosa propria (§ 79). Il privarlo dunque del suo diritto solo perchè non ne fa uso sarebbe un'azione

ingiusta (§ 56) (1). Non v'ha dubbio che col lungo non uso si possono perdere tutte le traccie di una proprietà altrui; allora la cosa ritenuta come legalmente vacante diviene proprietà di chi se ne impossessa mediante l'occupazione (§ 66) (2), non già in forza dell'usucapione pel cui mezzo anche l'antico proprietario riconosciuto verrebbe escluso. D'altronde finchè la cosa porta con se le traccie di un'antica proprietà o possesso, il recente possessore non trovasi mai realmente fuori di pericolo di rivendicazione. Quando però si rifletta che l'acquisto non sarebbe meno soggetto a pericolo, se l'ommissione dell'uso del diritto ne portasse dopo di se la perdita, e che nello stato di natura la prova della proprietà e dell'antico possesso non si può tanto facilmente stabilire, non si vorrà sostenere che senza prescrizione e senza usucapione sia legalmente impossibile ogni commercio ed ogni acquisto. Ma

(1) Confr. Achenwall, l. c. § 241 seg.

(2) Se questa vuol chiamarsi una prescrizione immemorabile, bisognerà accordare che una tale prescrizione od usucapione escluda già, secondo il diritto di natura, il precedente proprietario o possessore. Ma se si dichiara in generale che la prescrizione è un acquisto della cosa altrui, fondato sulla circostanza che il proprietario di essa non abbia esercitato verun atto di possesso riconoscibile e permanente (p. e. ne abbia lasciato distruggere il contrassegno), allora di tutt'altro si parla che di ciò che sotto questo vocabolo intendono i giureconsulti, ed è facile il provare la sua validità.

ella è però una verità già da lungo tempo riconosciuta dai giureconsulti e dai politici, che la prescrizione assicura il possesso, rende più facile la prova della proprietà, accresce l'industria, diminuisce le contestazioni, e che per conseguenza può e deve introdursi nello Stato, ed essere esattamente determinata con leggi positive.

SEZIONE II.

Dell' acquisto mediato.

Capitolo Primo.

De' contratti in genere.

§ 93.

Il diritto sulle persone e sulle forze loro acciocchè concorrano al conseguimento dei nostri fini, non può, come il diritto sulle cose (sui beni esterni) acquistarsi originariamente e di propria autorità (§ 56). All'oggetto che si possa a buon diritto esigere che essi si impieghino attivamente a vantaggio nostro, o ristringano il loro uso legale di libertà, in somma, che si prestino per noi (diano, facciano o non facciano, permettano), richiedesi necessariamente il concorso della loro volontà; e siccome questa non può riconoscersi che per mezzo di segni esterni, se ne esige un' analoga dichiara-

zione. La dichiarazione della volontà di conceder ad altri un diritto a qualche prestazione, chiamasi promessa. Con questa per altro non si intende di rinunziare puramente al diritto promesso, e di abbandonarlo, ma si vuole rinunziarvi sotto la condizione di trasferirlo, ossia di cederlo ad un altro. Che se questi dichiara, prima o dopo la promessa, di voler ricevere per sua la cosa promessa, ossia il diritto, allora egli accetta. La promessa accettata chiamasi contratto.

§ 94.

Siccome il promettente sotto la condizione dell' accettazione per parte di quello cui si promette, rinunzia al suo diritto sull' oggetto promesso (§ antecedente): perciò ne risulta la possibilità legale di acquistare l' oggetto promesso (*volenti non fit injuria*). Coll' accettazione l' ultimo dichiara di considerare quest' oggetto come acquistato, e quindi in forza della sola accettazione si acquista legalmente l' oggetto promesso. La promessa è dunque il titolo prossimo, e l' accettazione è il modo mediato (o derivativo) di acquistare un diritto (§§ 56 e 59) (1). Rilevasi da ciò che l' acquisto mediato

---

(1) Rousseau (*Emilio*, t. II, n. 1) stabilisce l' obbligo di mantenere il contratto per un dovere innato. Kant (*Giurisprud.*, pag. 100) ritiene ciò per una verità evidente che non ha bisogno di prova. Tittel (*Schiarimenti sul diritto naturale di Feder*, pag. 202) fonda il diritto di contratto sopra una convenzione del genere umano, che il contratto debba essere un

combina sostanzialmente coll' immediato, e che amendue si fondano sopra i medesimi principj di diritto (§ 62). Tuttavia si trovano sempre fra l'uno e l'altro alcuni punti manifesti di differenza. L'acquisto immediato è diretto ad ottenere una cosa, la quale semplicemente e riguardo a tutti è vacua (libera). Quindi in tale acquisto si esige una dichiarazione, o un contrassegno che da tutti si possa riconoscere. Per lo contrario l'acquisto mediato si riferisce ad una cosa, la quale è dichiarata libera soltanto riguardo alla persona cui fu promessa, ed anche sotto la condizione che essa la voglia accettare. Niun altro può dunque appropriarsela, e basta che la medesima abbia mani-

---

simbolo della traslazione reale; Mendelsfohn (*Gerusalemme*, pag. 35) lo fonda sul dovere di coscienza convertito da quello stesso che lo ha in un dovere coattivo; Garve (*Annotazioni sui libri di Cicerone*, part. I, pag. 94) sulla necessità della società; Pufendorfio (*De O. H. et civ.*, *l.* 9, § 3), e Ferguson (*Filosof. morale*, pag. 117) sull'aspettazione di quello cui fu promesso; Fries (*Giurisprud. filosof.*, pag. 47) sulla legge della veracità fra gli uomini. Tutti questi motivi non sono soddisfacenti; poichè o premettono ciò che resta a provarsi, o confondono la causa del contratto col suo fondamento legale, o non provano propriamente ciò che dev'essere provato; ovvero essi medesimi sono ancor soggetti a gravi dubbj (§ 53). Conf. Hoffbauer, *Ricerche*, XVIII. Grolmann, *Sulla validità legale dei contratti. Magazzino della filosofia del diritto e della legislazione*, tom. 1, cap. 1; e Bendavid, *Saggio di Giurisprud.*, § 215. Meister, *Diritto nat.*, pag. 223; Bauer, *Diritto nat.*, pag. 167.

festata la volontà di accettarla al promettente cui spetta un diritto esclusivo sulla cosa. Del resto si vedrà più sotto (§ 108 e seg.) se il diritto delle cose, acquistato mediante un contratto, sia obbiettivamente personale o reale.

§ 95.

Affinchè esista un contratto preso in genere, si richiedono, secondo la nozione di esso (§ 93), due essenziali condizioni: *a* la dichiarazione concorde, o il consenso delle parti contraenti, e *b* la possibilità dell'oggetto (da prestarsi). Se manchi l'una o l'altra di queste condizioni, manca anche la conseguenza legale del contratto, cioè l'acquisto del diritto (§ 94); quindi non è valido, o piuttosto non è che un contratto d'apparenza. Ma pel consenso (interno) vale la concorde dichiarazione della volontà, nè per parte del promettente può ammettersi il pretesto di essersi espresso in modo diverso da ciò che ha voluto (internamente). Imperocchè sebbene io non abbia un diritto assoluto alla veracità del promettente; pure mi trovo in questa particolare circostanza, che avendomi egli fatta la sua promessa, e lasciandomi l'aspettazione del suo adempimento, io ho diritto di esigere che esso non m'inganni, che non distrugga lo scopo legale che mi era prefisso coll'accettazione, e che egli non mi renda giuoco del suo capriccio (§ 53). Oltre di ciò il diritto del commercio e dell'uso de' beni esterni sarebbe reso illusorio, e neppure verrebbe assicurato col mezzo dell'adempimento

(come colla consegna della cosa), poichè il datore potrebbe sempre allegare di non avere inteso di seriamente adempire il contratto; e poi perchè dovrebbe essere più significante e valida l'azione della consegna, che la verbale dichiarazione. Aggiungasi che se la manifestazione della volontà non si dovesse riguardare come la volontà stessa, allora non sarebbe necessario di attribuir forza nemmeno alla presa di possesso di una cosa, nè alla contrassegnazione, che sono pure due modi di dichiarazione della volontà, e così cadrebbe ancora il diritto d'acquisto originario (1). Laonde per togliere l'adito a queste illegittime conseguenze si accorda il diritto di risarcimento a chi venne ingannato (2). Come però si potrebbe costringere il promettente a risarcire un danno, che non sarebbe da ascriversi ad una sua azione ingiusta, ma soltanto alla credulità e alla non fondata aspettazione di quello cui venne fatta la promessa (§ 48)?

---

(1) Confr. Hoffbauer al l. c.

(2) Schmalz (*Puro diritto di natura*, § 104 seg.) limita il diritto di contratto all'esecuzione seguita almeno da una parte. L'autore dell'opera: *Aggiunta alla rettificazione del giudizio pubblico sulla rivoluzione francese* (T. 1, pag. 119-125) lo fa dipendere indistintamente dal reale adempimento della promessa. Del resto accordano amendue un diritto d'indennizzazione contro chi manca alla data fede. Confr. Leisler, *Diritto di Natura*, pag. 71-89.

§ 96.

Ma la dichiarazione della volontà, per potersi equiparare alla volontà stessa interna, deve essere seria e determinata. Le trattative preliminari, ossia l'offerta e la risposta con le quali si cerca soltanto di esplorare l'animo e la volontà di taluno prima di devenire ad un contratto, o si tenta avvicinarsi al medesimo per mezzo di alcune proposizioni, e così pure le promesse incomplete (*pollicitatio*), con le quali, senza animo di concedere per il momento alcun diritto, si dà soltanto a conoscere l'intenzione di essere disposti ad una futura traslazione; o le locuzioni ed espressioni apertamente giocose, gli atti di semplice apparenza, e le dichiarazioni affatto perplesse, non possono produrre verun effetto legale. La seria e determinata dichiarazione della volontà può farsi o espressamente per mezzo di segni volontarj (determinati dall'arbitrio degli uomini) e per se stessi significanti (come in voce od in iscritto), o tacitamente per mezzo di azioni, le quali (come segni naturali) almeno colla coerenza delle circostanze manifestano la volontà. Questa però non può dedursi dal solo silenzio senza il concorso di altre circostanze che valgano a comprovarla (1). Le semplici

(1) Quegli che si serve di una vettura di nolo deve pagarla anche senza preventiva convenzione; e chi sotto gli occhi suoi fa eseguire un lavoro a suo vantaggio da chi suole prestare l'opera sua contro

presunzioni dedotte dalla conosciuta abitudine di taluno, o da ragioni morali e psicologiche, ch' esso voglia adempire ai suoi doveri etici, o promovere i suoi vantaggi, possono bensì togliere il sospetto di una prava intenzione in colui che con tale fondamento intraprese de' cambiamenti nella proprietà altrui, ma non ristringono nell' altro la libertà legale di allontanarsi dall' abitudine e dalla legge di virtù, o di rinunciare al suo vantaggio. Il diritto all' indennizzazione che in tali casi compete a quello che agisce in buona fede, dev' essere dedotto da altri principj (§ 138) (1).

§ 97.

Il consenso inoltre dev' essere reciproco. La dichiarazione di una sola parte che vorrebbe farsi prestare qualche cosa, è un semplice desiderio, che non può costituire il fondamento di un obbligo legale, di prestarla per quello che non ha promesso.

---

mercede, conviene di pagarne una proporzionata. Confr. Hoffbauer, *Diritto di natura*, § 224, e *Ricerca* XIX. Klein, *Principj della giurisprud. naturale*, § 189; e Jacob, *Giurisprud. filosofica*, § 484 e seg. Volfio va però troppo oltre (*J. N.*, t. IV, § 792) sostenendo che chi lascia senza risposta una lettera con cui gli venga affidato un affare, è tenuto ad eseguirne l' incumbenza.

(1) Quegli che in assenza del suo amico, il quale soleva prestargli dei libri, ne prende uno in forza del suo presunto consenso, non può mai, a dir vero, trattarsi come ladro; ma non si può nemmeu ritener che esso avesse acquistato un diritto di pretendere l' uso del libro.

Ma nemmeno il promettente non può dare ad alcuno per forza il suo, e deve attendere che quello cui egli fece la promessa, volontariamente dichiari se ritenga opportuno, secondo le sue particolari circostanze, l' accettarlo. Prima dell' accettazione non ha luogo per anco la tacita condizione sotto la quale il promettente rinunzia al suo diritto; e solo col mezzo di quella l' accettante converte la cosa a lui promessa in un oggetto della sua libertà e della sfera legale de' suoi diritti (§ 94) (1). Quindi dalla semplice promessa nasce soltanto la legale possibilità di acquistare, la quale però, siccome nel foro esterno non si deve aver riguardo ai sentimenti interni, ma alla dichiarazione de' me-

(1) Cosa si dovrebbe decidere nel caso che il promettente avesse ritrattata la promessa fatta in iscritto ad un assente, prima bensì dell' accettazione, ma che questi ne avesse avuto notizia soltanto dopo averla accettata? Allora non potrebbe aver luogo un diritto all' adempimento del contratto, il quale non può sussistere per mancanza del consenso del promettente; ma pure vi sarebbe luogo al diritto di risarcimento del danno che (come p. e. ad un corrispondente di commercio) si fosse cagionato con una promessa prematura, per cui si era autorizzato a prendere delle misure ed a fare delle spese. Siffatto diritto è valido nel caso che la promessa sia stata ritrattata entro il tempo che fu lasciato a chi si promise per deliberare. Confr. Hopfner al l. c. § 71. L' opinione contraria, cioè che al promettente sia vietato di rivocare la promessa avanti il tempo necessario od in specie concesso per l' accettazione, trovasi sostenuta da *Meister* (*D. N.*, *p.* 235); da Krug (*Sist. del D. N.*, *p.* 85), e da Bauer (*D. N.*, *p.* 160).

desimi (§ 95), dura finchè la promessa non sia esteriormente ritrattata, o finchè l'ommissione dell'accettazione non possa secondo le circostanze ritenersi con fondamento come un tacito rifiuto (1). Dalla necessità del consenso, ossia dalla unione delle volontà ne segue inoltre che le dichiarazioni debbano riguardare il medesimo oggetto; e perciò fa mestieri che questo sia sufficientemente determinato o dalle dichiarazioni stesse o dalla natura della cosa (rispetto all'individuo o alla specie). Senza di ciò quegli cui venne fatta la promessa; non sa a qual cosa abbia diritto; l'obbligazione può essere estesa dal promettente a suo capriccio, e tanto il diritto che l'obbligo non si potrebbero conoscere nè eseguire (2).

§ 98.

Non esiste consenso se le parti contraenti non

---

(1) Da ciò si comprende come la promessa e l'accettazione, benchè in realtà succeda l'una all'altra, possano legalmente considerarsi come se esistessero in pari tempo. Confr. Kant, *Giurisprud.*, § 19. Per togliere il dubbio se la ommissione dell'accettazione valga per un rifiuto della medesima, può il legislatore stabilire un termine per l'accettazione. Così secondo il *Cod. Civ.* per la Gallizia Austriaca, Part. III, § 5 una promessa verbale dev'essere accettata al momento; ed una scritta entro 24 ore fra presenti, e tra gli assenti entro il termine che è necessario per la risposta. V. il *Cod. Civile Generale Austriaco*, § 862.

(2) Sono di questa specie le promesse generali di promovere il vantaggio di un altro, di aver riguardo a lui, di volerlo regalare, ec.

hanno il potere fisico e morale di prestarlo. Manca il potere fisico a quelli che al tempo della convenzione si trovano in una tale alterazione di mente, che sono incapaci di cooperare coll' intelletto all' uso della facoltà di volere, e per conseguenza di disporre liberamente de' beni e diritti (§ 94), come i minorenni, i dementi, gli assolutamente ubbriachi, o quelli che non possono manifestare chiaramente e con precisione la loro volontà, come i sordi e muti, gli illetterati, e simili. Il diritto di natura non può determinare l' età in cui gli uomini siano capaci di conchiudere contratti, a motivo della grande differenza delle ragioni *obbiettive e subbiettive*, dalle quali cotesta capacità dipende. Fra le altre cose è necessario occuparsi della gravità di quest' oggetto. Non richiedesi generalmente un giudizio sì maturo per accettare benefizj, come lo si esige per obbligarsi (1). Del resto il tutore e curatore possono aver cura dei diritti degl' incapaci (§ 45). Il potere legale può mancare quando per adempiere ad una prestazione conviene dipendere dalla volontà di un' altra persona (2).

---

(1) Per la sicurezza del commercio civile il legislatore si trova nella necessità di determinare l' età (della pubertà, dell' età maggiore) che si esige per gli atti legali; egli si attiene all' uso per fissarla, ammettendo però delle eccezioni in alcuni casi particolari (dispensa dell' età).

(2) Questo caso ha luogo specialmente negli affari tra conjugi, tra genitori e figli, tra superiori e subordinati.

§ 99.

Sovente il consenso può essere non solo possibile, ma secondo l'apparenza ed il modo con cui fu esternato può essere eziandio reale (materiale), senza che perciò possa ritenersi come un atto (formale, § 93) della volontà, perchè ha per fondamento o un errore, o un inganno. L'errore può risguardare o l'oggetto del contratto, o il motivo di conchiuderlo, o altre circostanze estranee all'oggetto medesimo. Esso può derivare da propria colpa, o da quella dell'altra parte o di un terzo, o dal caso; e riguardo a chi lo ha con premeditazione occasionato a danno del terzo, egli diviene un inganno. Io non sono obbligato a conoscere la mira particolare di quello che meco intraprende una trattativa (lo stesso dicasi delle altre circostanze che non risguardano l'oggetto del contratto), e spesso non posso neppure indovinarla, nè giustamente giudicarne. Esso non è tenuto d'indicarmi il vero suo motivo, ed alcune volte egli stesso può appena saperlo con precisione. Quand'egli siasi ingannato, ne sopporti ei medesimo la pena, o se ne ha risentito danno, rivolgasi a quello che vi diede occasione. Il punto d'unione delle volontà non trovasi nel motivo, o nel fine rimoto, ma nell'oggetto del contratto, a meno che non venga considerato come condizione (§ 113); e quindi come oggetto del contratto stesso. Non osta dunque all'efficacia d'un

contratto l'errore nel motivo o nelle altre circostanze estrinseche al medesimo (1).

§ 100.

L'errore circa l'oggetto del contratto o è principale (essenziale), se risguarda l'essenza o una essenziale condizione dell'oggetto dell'unione delle volontà; diversamente l'errore si ritiene accessorio, ossia accidentale. Nel primo caso quegli che errò, come apparisce dalla stessa sua dichiarazione, ebbe in mente un oggetto affatto diverso (con altre essenziali determinazioni) da quello cui era rivolta l'intenzione dell'altro contraente, come questi deve convincersene anche dalla convenzione seguita. Non esiste dunque una volontà uniforme, nè un vero consenso, ma avvi soltanto un contratto apparente (§ 95) (invalido). Per lo contrario nell'errore accessorio avvi l'identità dell'oggetto, l'unità del volere nella cosa principale, e quindi sussiste il contratto. Punto non influisce sul contratto la circostanza che l'errore principale abbia avuto luogo per la colpa propria, dell'altro contraente, o di un terzo, o per caso (§ antecedente), quand'esso possa essere stato conosciuto dall'altro dei contraenti fino dal tempo della conclusione del contratto, sia dalla dichia-

(1) Taluno compra un cavallo onde servirsene per correre dei palj, e lo trova incapace a tale uso. Ad onta di ciò la compra è valida. Ma se egli ne chiese al mercante di cavalli uno per correr palj, allora il contratto è invalido.

razione della volontà, sia dalla natura della cosa. Ritengasi soltanto che rapporto alla indennizzazione ha sempre vigore il principio che l' autore del danno deve ripararlo (§ 48) (1).

§ 101.

Cotesti principj si applicano da se medesimi al dolo. Se taluno con l' inganno fece nascere in un altro falsi motivi determinanti, senza però attribuire alla cosa dedotta in contratto delle false qualità, egli potrà bensì avere agito immoralmente: ma siccome egli non è obbligato a sapere lo scopo e le ragioni sulle quali si fonda la determinazione dell' altro, abbenchè d' altronde se le possa immaginare, così ciò punto non risguarda lo stretto

(1) Io ordino del vino, e mi si manda dell' aceto; ovvero io do per isbaglio ad un compratore di un ornamento falso un ornamento fino, in amendue i casi l' errore principale rende nullo il contratto, benchè nel secondo siavi una inavvertenza del venditore. Se mi si manda il vino convenuto, ma una brenta meno di quanto il venditore mi aveva promesso, in tal caso questi deve indennizzarmi della mancanza. Suppongasi che io avessi ordinato una botte di vino senza precisarne la qualità, perchè il sensale mi disse esser vino del Reno, che era appunto quello ch' io cercava; se il vino è buono, ma non del Reno, allora io dovrò rivolgermi per il risarcimento del danno solamente verso il sensale, poichè l' oggetto della convenzione non fu precisamente vino del Reno, per conseguenza il venditore non era obbligato a saper ch' io facevo ricerca di questo. Del resto come il senso lo indica, è un errore essenziale anche quello sulla persona di colui al quale in forza del contratto viene ristretto il diritto promesso.

diritto, a meno che il motivo determinante non abbia assunto la natura di condizione o espressamente, o, secondo le circostanze, anche tacitamente, in un modo impossibile a non conoscersi. Per lo contrario se si attribuisce alla cosa una falsa proprietà, allora l'inganno, se risguarda la qualità essenziale della cosa medesima, produce l'invalidità del contratto; tranne questo caso però egli produce l'obbligo dell'indennizzazione. Avvenendo che l'inganno provenga soltanto da un terzo, la parte ingannata, se l'altra non vi prese parte, può solo rivolgersi contro il terzo (1). In generale la teoria risguardante l'inganno nelle convenzioni s'aggira sopra pochi principj, ma nell'applicazione ella si rende spesso assai difficile per l'incertezza, se una tal cosa sia da ritenersi soltanto per causa movente, o per oggetto del contratto, se una qualità sia essenziale o accidentale, se una circostanza debba o no ritenersi per una condizione del contratto.

---

(1) Un mercatante mi asserisce falsamente che una merce per essere scarsissima accrescerà molto di prezzo; ne compro quindi da lui una grossa partita. Il contratto è valido. È noto il caso riferito da Cicerone e passato in proverbio (*Emit homo cupidus tanti, quanti Pithius voluit*). Più note ancora sono le vociferazioni che sogliono spargere i negozianti di carte pubbliche (agiotatori). Ma se un mercatante dà immediatamente egli stesso o col mezzo di un sensale un ornamento falso, che esso mi offra in vendita per buono, o inganna i compratori nel peso e nella misura, nel primo caso il contratto non è valido, nel secondo deve supplire a ciò che manca.

§ 102.

Quanto finora si disse (§§ 96 – 101) risguarda il consenso. Il secondo requisito essenziale di un contratto valido è la possibilità dell'oggetto da prestarsi (§ 95). L'oggetto è impossibile o fisicamente, o legalmente, o moralmente. Egli è fisicamente impossibile allorchè oltrepassa le forze naturali degli uomini in genere, od in specie quelle del promettente. In questo caso siccome esso esclude la volontà, non può esservi nè uso legale di libertà, nè necessità morale, e per conseguenza ancora nessuna legale obbligazione. Quando l'impossibilità sia manifesta ad amendue i contraenti, non può aver luogo la dichiarazione della volontà, che per ischerzo, o per effetto di alienazione di mente (§ 98). Ma se a quello cui fu fatta la promessa si è occultata la impossibilità, allora può esservi luogo ad una proporzionata possibile prestazione, ovvero al risarcimento. Quegli adunque *a* che per una troppo fondata fiducia nelle proprie forze (come, p. e., un artigiano incapace) promette più di quello che da lui si può realmente prestare, può essere obbligato a far compiere l'intrapreso lavoro da una mano più abile. *b* Chi promette con certezza il fatto di un terzo (non d'impegnarsi soltanto a determinarlo alla prestazione), è responsabile verso la persona ingannata del danno che è derivato dal non essersi adempito il fatto (1). *c* Chi al momento del con-

(1) Confr. Höpfner al l. c. § 76.

tratto poteva prestare l'oggetto, e per sua colpa ne rese poscia impossibile la prestazione (p. e., con una capricciosa distruzione della cosa promessa, o collo scialacquamento del denaro preso ad imprestito) deve rifonderne il valore o con danaro o con lavoro. *d* Chi cagiona fraudolentemente delle spese col far nascere delle speranze a persone inesperte (come, p. e., gli alchimici e i cerretani) è tenuto ad indennizzazione (§ 100). Ma se nascono difficoltà che fossero maggiori anche di quelle che si presentavano o potevansi presentare al momento della promessa, esse non possono menomamente diminuire il diritto dell'accettante (§ 94).

§ 103.

La possibilità legale dell'oggetto dedotto in contratto (§ 102) richiede che il diritto in cui quello consiste, possa in generale (per sè obbiettivamente considerato) alienarsi, ed inoltre che secondo i principj di diritto possa dal promettente in specie (subbiettivamente preso) trasferirsi, e da quello cui fu promesso accettarsi. In generale il diritto originario è assolutamente inalienabile (§§ 40 e 49). Un contratto con cui un uomo senza veruna condizione si dasse in balía alla volontà di un altro, si obbligasse di fare, ommettere, o soffrire tutto ciò che questi volesse, lo avvilirebbe alla condizione di una semplice cosa, di un essere semplicemente sensitivo (di una bestia). Una siffatta autorità (come diritto) da nessun uomo può acqui-

starsi sopra un essere ragionevole (§ 11) (1). Quegli che si sottomettesse ad un' autorità illimitata, se ciò facesse seriamente (§ 96) agirebbe come un essere privo di ragione, il quale non ha la capacità di conchiudere un contratto (§ 98). In oltre egli si obbligherebbe a servire un altro come semplice cosa; e quindi a privarsi della sua dignità personale. Siccome poi egli rinunzierebbe al diritto di agire come essere ragionevole e morale, così non sarebbe più in avvenire un soggetto d' obbligo (morale) e di dovere (legale). Quanta contraddizione! (2)

§ 104.

Se il diritto originario è inalienabile, la tra-

(1) Chi tratta un suo subordinato come un essere semplicemente dotato di sensi deve contentarsi che questo pure agisca semplicemente come tale. La bestia contro cui il suo padrone si conduce crudelmente, fugge, od oppone resistenza alla forza, senza che possa esservi questione nè di un diritto, nè di una lesione di diritto.

(2) Quello che secondo il costume di alcuni popoli (se ciò si faccia in modo legale, non è questo il luogo d' indagarlo) viene dichiarato proscritto, perde bensì la protezione de' suoi diritti, ma non gli può essere tolto il diritto della propria difesa. Ed il malfattore istesso il quale in faccia allo stato si meritò la morte, rimane in possesso di tutt' i diritti che la legge penale non gli ha tolti (ed in una ben ordinata costituzione rimane per fino sotto la protezione dello Stato). Quindi, dice Montesquieu, sotto un governo dove la libertà civile sia diretta dalle leggi, un uomo che debba essere appiccato domani, gode di maggior libertà che un bascià in Turchia.

sgressione di un dovere perfetto e non suscettibile di eccezione non può mai formare oggetto di un valido contratto. La ragione che esige sempre l'armonia (il legislatore divino, § 8) comanderebbe all'uomo, con la legge morale, di non fare un'azione, perchè senza eccezione è opposta al dovere; ed in pari tempo con la medesima legge gl'ingiungerebbe di farla, perchè l'ha promessa mediante contratto. Può bensì immaginarsi un diritto (esterno) di agire liberamente contro la legge morale, essendo che la moralità dev'essere libera dalla coazione (§ 43); ma un diritto di costringere un altro ad un'azione immorale è appunto per lo stesso motivo una chimera. Qui pure il promettente, riguardo alla prestazione, la di cui assoluta opposizione al dovere dev'essere nota a quello cui si fece la promessa, rinuncierebbe al diritto originario della personalità, e si degraderebbe al segno di essere un semplice strumento del brutale capriccio; nel qual caso non può esistere nè obbligazione, nè diritto (§ 103). Fra i doveri perfetti si annoverano principalmente quelli di diritto (§ 6). Risulta da ciò che un contratto sopra i diritti altrui, e per conseguenza anche un contratto posteriore, per mezzo di cui si attentasse al diritto anteriormente acquistato da un terzo, è invalido poichè la prestazione è legalmente impossibile per parte del promettente (1).

(1) La promessa di obbedire indistintamente a tutti

§ 105.

Da un contratto può per altro derivare il diritto di costringere qualcuno ad un'azione, la quale ripugni ad un dovere morale *non pienamente perfetto*, nè in tutte le circostanze imposto. L'espressione della legge non determina nè l'oggetto di un simile dovere nè il modo di adempirlo. Il determinare se, verso chi, ed in qual modo

---

gli ordini di un superiore, di ubbriacarsi bevendo immoderatamente, di darsi in preda alla scostumatezza ed ai vizj contro natura, di rubare, assassinare, uccidere, non può produrre nè un diritto, nè un dovere. Ben giustamente dice Papiniano: *Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.* L. 15 *ff. de condit. instit.* È assai più dubbia la questione se debbasi pagare la mercede promessa per l'esecuzione di una cattiva azione. Io opino affermativamente, perchè egli è vero bensì, che l'esecuzione di una rea azione non può formare oggetto giuridico di un contratto, e che perciò non vi può essere nè dovere nè diritto; ma il pagamento della mercede promessa non è contrario al diritto. Ed il principio che con un'ingiustizia non si possa acquistare un diritto, è vero: come osserva Hopfner, nel solo senso che se la mia azione riguardo ad un uomo sarà ingiusta, io allora non potrò con essa acquistare verun diritto contro di lui. Così decide anche Grozio *De jure belli et pacis*, part. II, 11, § 9; e Bodino, *De conditione turpi impleta*, cap. 2, § 3 e seg. La dottrina opposta ha per difensori Puffendorf, *De jure nat. et gent.* III, 2, § 8; Payley, *Principj della morale e della politica*, pag. 121; e Weber, *Doveri naturali*, p. 265. Non v'ha dubbio però che lo Stato possa giustamente negare protezione per l'esigenza di queste mercedi.

egli debba essere adempito, dipende dalle circostanze. Può avvenire che alcuni doveri da adempirsi sieno in collisione fra loro, nel qual caso conviene giudicare secondo le circostanze, qual sia il dovere che per motivo di più forti titoli obbligatorj debba essere di preferenza adempito. Cotesto giudizio può formarsi con sicurezza da quello cui incumbe il dovere, secondo i di lui particolari rapporti, e dev' essere al medesimo riservato (1). Nel momento che egli promette, decide che ha un dovere verso quello cui fa la promessa, e questi ha il diritto di risguardare come valida la decisione. Questo stesso dunque acquista il diritto, ed il promettente contrae l' obbligazione legale di mantenere la sua promessa, e per conseguenza non vien questi costretto ad alcuna azione contraria al dovere, allorchè lo si costringe ad adempirla (§ 9). Al tempo della promessa inconsideratamente fatta può avere agito forse in modo non doveroso, e quindi aver contratto un obbligo morale di espiar la colpa secondo le sue forze; può altresì a quello cui fu fatta la promessa, se abbia conosciute le circostanze, incumbere il dovere morale di recedere dal suo diritto, ma esternamente, siccome egli non è obbligato a cono-

(1) Il dovere di non trattare gli uomini come semplice mezzo è un dovere perfettamente determinato; quello di trattarli come scopo lo è imperfettamente. V. Krug, *Afor.* § 24, nelle note.

scerle, può insistere sul medesimo. Se si ammettesse la scusa, che il promettente al momento della promessa avrebbe potuto fare dell'oggetto, sia per se, sia per altri, un uso più ragionevole di quello risultante dalla promessa, ne seguirebbe l'incertezza in tutti gli acquisti per contratto, e la loro impossibilità a fronte dei dettami della ragione. Laonde quegli cui si promise, non potrebbe insistere per la reale prestazione dell'oggetto promesso soltanto quando il promettente somministrasse bastante prova che la sua promessa fu contraria al dovere. Ma non potrebbesi ricusare al primo un diritto di indennizzazione, come appunto nel caso in cui egli avesse ignorata l'impotenza fisica e subbiettiva del promettente (§ 102) (1).

---

(1) *A* possiede una biblioteca. Egli può usarne onde perfezionare se medesimo, per vantaggio de' suoi parenti, od anche degli estranei. In generale esso ha il dovere di perfezionare se stesso, i di lui parenti, ed anche gli altri. Ma la biblioteca può difficilmente servire a tutti. Per qual parte militino i più forti motivi di ragione deve deciderlo il proprietario secondo i rapporti ad esso noti, secondo la sua coscienza. Egli trasmette la sua biblioteca in proprietà a *B* (il che ad ogni evento sarebbe il più ragionevole). Ora se quegli volesse riprenderla in sua proprietà, o darla ad un suo parente sotto il pretesto di un dovere più imperioso, verrebbe sostanzialmente a sostenere che il dover suo esige che da lui si rubi a *B* onde perfezionare se stesso od i suoi parenti; e potrebbe per conseguenza sottrarsi alla prestazione reale soltanto colla prova del suo assunto (Confr. Schmid, *Saggio di filosofia morale*, § 311 e

§ 106.

Per istabilire la possibilità della legale prestazione, non basta che l' oggetto sia in se suscettibile di alienazione, e possa essere legalmente promesso da chi vuol cederlo (§ 104), ma fa mestieri altresì, che quello cui lo si promise sia assolutamente, ed anche relativamente, capace di accettarlo (§ 103). Questi, considerato per se stesso, può, per le sue qualità personali, essere privo della facoltà legale di accettare la promessa (1), ovvero egli medesimo se ne può rendere incapace per mezzo di una influenza illecita sulla conclusione del contratto. Ciò, oltre il dolo da lui commesso (§ 101), ha luogo quand' egli abbia estorta la promessa con una violenza ingiusta. La violenza meccanica, per il di cui intervento diviene meramente passiva la condizione della persona violentata, cosicchè non avvi neppure apparenza di consenso nè di contratto, appartiene, secondo che essa viene giustamente o ingiustamente impiegata,

---

seg. J. K. Schmid, *Saggio di principj di diritto nat.*, pag. 349 e seg.). Da questo può spiegarsi la contraddizione che si rileva nell' osservare che la maggior parte degli antichi maestri di diritto naturale dichiarano invalidi senza distinzione i contratti concernenti oggetti immorali, e che alcuni più moderni li dichiarano validi. Maimon. (*Giorn. filos.* T. I. C. II. N. 2.) sostiene che deve pure esser valido un contratto risguardante un fatto contrario alla legge.

(1) Così manca, p. e., il diritto di contrarre matrimonio ad una persona ch' è già da altro matrimonio congiunta (§ 159).

all' esercizio di diritto (§ 187), o ad un' usurpazione predatoria (§ 87). Ella è pure di questo genere la violenza psicologica, cioè la minaccia di un male maggiore, per mezzo della quale taluno (per timore di peggiorare la sua situazione) viene indotto a promettere ed a concludere un contratto. Che se io costringo alcuno con diritto a farmi una promessa, è valida la convenzione; poichè in questo caso non ho neppure bisogno del consenso di quello cui incumbe il dovere; e mi è anche lecito di supporre, non senza ragione (§ 43), che il promettente sia internamente disposto a concedermi il diritto; nè per accettarlo mi osta alcun impedimento legale (1).

§ 107.

Ma se la violenza psicologica è ingiusta, ed in pari tempo è il fondamento vero di una promessa, come mai potrà un' azione ingiusta produrre un diritto? L' assassino non solo agisce ingiustamente da principio col minacciare violenza, ma continua a procedere con ingiuria se insiste per l' adempimento della promessa, e s' impadronisce della cosa estorta. L' offesa di lui mi dà il diritto di ripetere il risarcimento del danno (§§ 43 e 82). E poss' io esiger meno di questo, che

(1) Se, p. e., costringo quello che mi ha promesso di retrovendermi entro un determinato tempo ed allo stesso prezzo la sua casa prima da me acquistata, lo faccio con diritto, dopo scorso il tempo convenuto. La vendita che con tal mezzo mi vien fatta è valida.

egli mi sciolga dalla promessa, o mi restituisca la cosa data? La dichiarazione fatta dalla persona minacciata qui non influisce sull' essenza della cosa. Al proprietario si deve concedere la libera disposizione della cosa sua (§ 57), ed in questo caso colui che gli fa violenza non può supporre con ragione che vi esista questa libera disposizione. L' assalito non solo può rispingere la forza colla forza, ma può eziandio impiegare l' astuzia e l' inganno (§§ 175 e 192). Quindi l' ingiusto aggressore deve dubitare, secondo le circostanze che gli si presentano, che il consenso (come poscia l' opposizione o il riclamo della cosa tolta lo confermano) sia soltanto apparente, e che per conseguenza non istabilisca un diritto (§ 96) (1). Del resto il dubbio, se la violenza abbia dato causa al contratto, e se sia stata giusta o ingiusta, può spesso rendere incerta la decisione dei casi particolari (2). Se però

(1) A fronte di ciò cadono le obbiezioni (Chr. G. Schwarz, *Sylog. problem. jur. nat.* XXXVIII. Heidenreich, *Diritto natur.* I, pag. 300), che l' azione inlecita del minacciante non mi autorizzi ad agire del pari indebitamente; che il consenso dato, mentre io soffriva dolorose sensazioni, debba pure ritenersi come una determinata dichiarazione della mia volontà, che avrei potuto ommettere di esternare; e che altrimenti io ingannerei quello cui feci la promessa, al quale dopo la mia dichiarazione era lecito supporre un tale consenso.

(2) Con questo si può eziandio spiegare il seguente passo di Grozio (*De jure belli et pacis*, II. 17, § 19): *Gentium consensu sicut introductum est, ut bella*

i mali che determinarono a fare la promessa provengono da un terzo, senza la partecipazione di quello cui venne fatta la promessa, o dal caso, allora nulla s' oppone a che l' accettazione sia ritenuta giusta (1).

§ 108.

La conseguenza di un contratto valido è sempre l' acquisto di un diritto (§ 94). Il sapere verso chi e su qual cosa competa all' acquirente un tale diritto, dipende dalla natura dell' oggetto del contratto. Nullameno la prestazione può essere presente o futura; pienamente o meno pienamente determinata; essa può risguardare azioni (positive o negative) o cose, e riguardo a queste ultime, o il possesso, o l' uso, o la proprietà, o tutti tre assieme questi diritti (§ 77). Se la prestazione consiste unicamente in una azione, che immantinenti si faccia, allora non si può più parlare di

---

omnia summæ potestatis auctoritate, utrinque gesta et indicta pro justis habeantur, quoad effectus externos, ita et hoc, ut talis belli metus hactenus pro justo habeatur, ne, quod ita obtentum est, repeti possit. Egli è certo un dovere di bontà (verso il povero, che, come nella favola di Gellert, priega armata mano) o la prudenza può esigere tal volta che si osservi il contratto.

(1) Che se *A* senza mia saputa costringe *B* a vendermi la sua casa, o *B* assalito da' ladri chiama in ajuto *C* contro promessa di mercede, allora il contratto è valido; e quello che ha promesso può ripetere indennizzazione da coloro che contro diritto lo danneggiarono.

ulteriore diritto nascente dal contratto (1). Ma se concerne una cosa, la prestazione presente consiste nella tradizione, cioè in un' azione del promittente (positiva o negativa) per mezzo della quale l'acquirente si mette in possesso, ossia in tale situazione, nella quale può liberamente esercitare il diritto a lui conceduto, sia questo diretto o al solo possesso, o all' uso, o alla proprietà, o a tutti assieme, e nemmeno in questo caso vi può essere questione di ulteriore diritto nascente dal contratto per essere questo già adempiuto. Che se il contratto ha per oggetto una prestazione futura, e nominativamente un' azione, allora si acquista soltanto un diritto personale contro il promettente onde obbligarlo all'adempimento (§ 56) (2). Quando poi il contratto risguarda una cosa, da prestarsi in seguito, non però pienamente, ma soltanto in genere (3), anche allora si acquista unicamente un diritto personale di obbligare l'alienante alla con-

(1) In tal caso il contratto resta chiuso ed eseguito nello stesso tempo. Uno, p. e., mi chiede un servizio che io gli rendo al momento, o taluno mi domanda di poter subito passare per un mio fondo, ed io glielo accordo.

(2) A questa specie appartengono gli onori promessi, i quali costituiscono l'esterna stima giustamente acquistata (§ 54).

(3) Se taluno, p. e., mi promette in generale cento talleri, o 50 staja di grano, o un cavallo da sella, allora rimane a lui solo la scelta, ossia la facoltà di fare una più precisa determinazione. Quindi il mio diritto è più prossimamente diretto alle sue azioni, alla sua persona, che alla cosa.

segna, o ad una più precisa determinazione della cosa individuale su cui possiamo esercitare il nostro diritto.

§ 109.

Ma non convengono per anco tra loro i giureconsulti filosofi, se sopra una cosa pienamente determinata da prestarsi in seguito si acquista *il diritto alle cose*, che si chiama *reale*, in forza del solo contratto, o in virtù della susseguente tradizione (1). I motivi per quali io ritengo l' affermativa sono i seguenti. Per effetto della precisa determinazione dell' oggetto su cui cade il contratto, quegli cui venne fatta la promessa acquista già un diritto in conformità del contratto stesso di disporre liberamente di una cosa in ispecie promessa (§ 94), e per conseguenza gli compete pure il diritto d' impiegare i mezzi necessarj a questo scopo, non che quello di reclamare la cosa da qualunque detentore della medesima; cioè il diritto reale. Vero è che gli manca ancora il possesso corporale; ma anche senza di questo può benissimo esistere un diritto reale (§ 78). Soltanto l'acquisto originario deve cominciare colla presa di possesso, perchè senza di questa non può esistere verun contrassegno del diritto esclusivo. Per lo contrario nell' acquisto derivato (per contratto) la

(1) Gli autori principali che scrissero sopra l' una e l' altra opinione si trovano in Höfner, *Diritto nat.* § 8

cosa fino da prima del contratto non era più comune. Tosto dunque che le parti contraenti hanno tra esse convenuto sulla cosa e sulla estensione in cui ella dev' essere ceduta, non fa mestieri, rapporto agli altri, di ulteriore dichiarazione del diritto esclusivo col mezzo del possesso (1). Nello Stato si esige d' ordinario, per maggior sicurezza del commercio, la tradizione, non sempre però quella materiale; ed anzi in molti casi, anche secondo la legge positiva, si acquista un diritto reale senza veruna specie di tradizione (2).

§ 110.

Da quanto si disse risulta una più chiara definizione e distinzione del diritto *personale*, e del *reale* (§ 56). Il diritto *reale* dunque è quello

---

(1) Così io risolvo il dubbio, come dice Klein (*Principj del Diritto nat.*, § 246, nota): la tradizione è necessaria per munire di un contrassegno il diritto sulla cosa, affinchè questi si renda manifesto. Kant (*Giurisprud.*, pag. 104) si riporta principalmente al motivo che quegli cui venne fatta la promessa prima della tradizione non può usare a suo piacere della cosa. Ma se è vero ch' egli non ne ha l' uso fisico, come non lo ha lo stesso proprietario che trovasi per il momento lontano dalla cosa, esso ne ha però l' uso legale, e può trasmettere il suo diritto o rivendicare il possesso dal promettente che nel frattempo possiede la cosa solamente in nome altrui, come pure da qualunque altro che ne sia per avventura detentore.

(2) Alla regola che – *Dominia rerum non pactionibus, sed traditionibus transferuntur*, l. 20. C. *de pactis*, trovasi una eccezione nel § ult. *J. de off. jud.* e nella l. ult. *D. de serv. leg.*

che ha immediatamente per oggetto una cosa (un bene esterno); e il diritto *personale* è quello che ha per oggetto una prestazione personale (azioni). Chi gode del primo diritto ha insieme la facoltà di usare della cosa secondo la natura del diritto a lui conceduto sopra la medesima, e per conseguenza anche di costringere chiunque che non può ignorare il di lui diritto a non impedirgliene l'uso (§ 7). Perciò a cotesto diritto corrisponde l'obbligazione generale (negativa) di lasciare la cosa alla libera disposizione di quello che ha il diritto medesimo (1). Il diritto poi che compete rapporto a qualche cosa contro qualunque possessore di essa, secondo la la comune definizione nominale, è un diritto reale (ossia sulla cosa). Per lo contrario chi gode del secondo diritto, non ha prossimamente che la fa-

---

(1) È facile generalmente il lasciarsi indurre in errore dall' idea o dalla espressione, che in forza del contratto sopra una cosa determinata si possa costringere il promettente a consegnare la cosa. Ma l'obbligazione non consiste già nell'azione affermativa di consegnarla, bensì in quella negativa di cederla, ed essa incumbe, benchè sotto diverse condizioni (§ antec. N. 2), tanto a qualunque detentore dell'oggetto della convenzione come al promettente. Se Tizio oggi mi vende liberamente la casa ch'è di sua proprietà, allora io posso domani costringer lui, come qualunque altro detentore di essa, a rilasciarmela purchè io provi il mio diritto acquistato da Tizio. Conf. Schmalz, *Dichiarazione dei Diritti dell' uomo*, pag. 38. Hoffbauer, *Diritto gen. di Stato*, pag. 78.

coltà di esigere da una determinata persona che faccia delle azioni che contribuiscano ai di lui fini, o che ristringano la sua libertà legale; a questa libertà non corrisponde ancora un' obbligazione generale, ma una soltanto particolare di quelli che col fatto se l' hanno assunta, il che costituisce propriamente il carattere del diritto personale (§ 56) (1). Laonde i diritti sulle azioni o prestazioni personali sono sempre diritti soltanto personali.

§ 111.

Al diritto nascente dal contratto corrisponde il dovere del promettente di adempirlo con esattezza. Cotesto dovere rimane in generale violato, quando con premeditazione (dolosamente) o senza, si agisce in modo opposto a ciò che venne stabilito nel contratto. Ma incumbe pur anche a tutti gli altri il dovere di non impedire nè all' una, nè all' altra parte l' esercizio del rispettivo diritto derivante dal contratto, o l' adempimento del dovere rispettivo nascente dal contratto stesso (§§ 39 e 42). La parte lesa ha il diritto di agire per l' osservanza del medesimo, e pel risarcimento del danno (§ 48).

---

(1) In un contratto di una cosa imperfettamente determinata il diritto cade soltanto sopra un' azione del promettente (§ 109); perciò anche in questo caso esso è puramente personale.

§ 112.

Il diritto che dal contratto deriva a favore dell'acquirente, è soltanto fondato sulla promessa da lui accettata (§ 97). Ciò costituisce eziandio il fondamento dell'obbligo nascente dal contratto (§ antec.). È pertanto un evidente principio di diritto, che in forza di un contratto noi ci obblighiamo solamente in quanto abbiamo dichiarato di volerci obbligare (1). La dichiarazione poi della volontà in parte può essere espressa ed in parte tacita (§ 96). Le determinazioni espresse intorno agli obblighi ed ai diritti convenzionali si debbono immediatamente dedurre dal chiaro tenore del contratto; le tacite, dalle regole dell' interpretazione. Le prime risguardano, oltre la cosa propriamente dedotta in contratto, le condizioni o il tempo della prestazione.

§ 113.

S' intende qui per condizione una circostanza futura da cui secondo la dichiarazione de' contraenti dipenda il diritto convenzionale. Essa sotto al rapporto di conoscerne il principio è o espressa (arbitraria), o tacita (naturale); rispetto poi al modo di eseguirla è o affermativa o negativa, e riguardo alla sua verificazione è o possibile, ovvero (fisicamente o moralmente) impossibile; finalmente, quanto sia al modo in cui deve dipendere

(1) *Uti lingua nuncupassit*, dicono i giureconsulti, *ita jus esto.*

il diritto convenzionale, essa è sospensiva o risolutiva (1). Coerentemente al principio testè riferito (§ 112), *a*, un contratto che sia conchiuso sotto una condizione affermativa fisicamente impossibile e sospensiva è invalido (§ 102). *b*, Lo stesso si dica di una condizione affermativa moralmente impossibile e sospensiva, avuto però riguardo alla differenza più sopra indicata (§§ 104 e 105). *c*, Prima che si verifichi la condizione affermativa possibile e sospensiva, quegli cui venne fatta la promessa di una cosa non può, è vero, pretenderla, ma può bensì esigere, quando siavi pericolo, di essere garantito fino al tempo in cui il suo diritto diverrà valido (§ 176). *d*, Verificandosi la condizione affermativa possibile resolutiva, si estingue il diritto, il cui uso era fino a quel momento conceduto (2). *e*, Il tempo aggiunto per la prestazione, ove sia per anco incerto, se verrà, equivale ad una condizione; altrimenti il suo effetto si è che non si può godere del diritto nè prima del determinato, nè più a lungo

(1) P. e., se tu divieni soldato, oppure finchè rimarrai soldato avrai 100 talleri all' anno. Questi non sono propriamente contratti condizionati, ma bensì condizioni dalle quali dipende che si realizzino i rapporti nascenti dal contratto. Gutjahr, *Sistema del Diritto nat.*, § 91.

(2) Avendo riguardo alle mentovate regole si può facilmente giudicare, se, ed in quale estensione abbiano forza le condizioni affermative impossibili resolutive e generalmente le negative.

di quello che permette la determinazione del tempo stesso. *f*, Da un contratto puro conchiuso (senza condizione e determinazione di tempo), il diritto e l'obbligo nascono immantinenti, e per conseguenza si può esigere la prestazione, rimossa ogni vana dilazione (§ 108).

§ 114.

Se le parti contraenti dichiarassero sempre perfettamente e distintamente la loro volontà, basterebbero le espressioni del contratto per decidere sui diritti che ne derivano. Ma l'ambiguità delle parole o della sintassi, i cambiamenti che a poco a poco si fanno nella lingua, la poca cognizione di questa, lo studio di esser breve, o la prolissità, per cui spesso si dice assai più o meno di quello che si voleva dire, e sovente anche una oscurità maliziosa nelle espressioni, inducono alla necessità di non attenersi strettamente alla lettera del contratto, ma d'investigare dapprima il vero senso della dichiarazione della volontà de' contraenti, nel che consiste l'*interpretazione* (§ 112). Se questa si lasciasse all'arbitrio dell'una o dell'altra delle parti sarebbe cosa certamente troppo pericolosa, ed insieme contraria al diritto originario di indipendenza (§ 42). Quindi l'interpretazione deve farsi secondo i principj di diritto generalmente in vigore (1).

(1) Io non posso convenire col professore Huffeland (*Principii del Diritto nat.* § 327), che non

§ 115.

Prima regola si è dunque, che le parole (o altri segni) si debbono intendere secondo l'uso di parlare che era comune al tempo in cui fu conchiuso il contratto (§ 95), in quanto gli usi particolari, ed i rapporti delle persone contraenti del luogo, e simili non richiedano manifestamente una eccezione (1). E siccome spesso si usa di maggior concisione in un passo, perchè in un altro si fu più diffusi, e si fece una dichiarazione più completa; perciò conviene aver riguardo al tenore ed alla connessione di tutto il contratto, ai passi che hanno fra loro relazione, alle già conosciute intenzioni delle parti, al modo con cui elleno si sono contenute subito dopo la conclusione del contratto

---

sianvi regole generali per l'interpretazione dei contratti, o che le medesime non possano essere applicate che rapporto ad un terzo, il quale debba decidere sulla validità di un contratto e sui diritti da questo derivanti, e per conseguenza non nello stato di natura, ma soltanto secondo gli usi dello Stato, essendochè anche fra le nazioni indipendenti le leggi relative ai contratti sono ritenute di somma importanza; sebbene io accordi di buon grado che nel diritto universale e positivo (§ 14 n. 3 e § 18) esse abbiano un più esteso sviluppo. Ma quelle presunzioni di diritto, come osserva Bendavid (*Saggio di giurisprudenza*, § 219), che appartengono alla dottrina del diritto positivo (§ 96), devonsi sempre ben distinguere dall'arte d' interpretare, su cui si fonda generalmente il commercio fra gli uomini.

(1) Questa regola è specialmente applicabile ove si tratti di misure, pesi, valore delle diverse specie di numerario, ec.

medesimo riguardo ai punti di esso, il senso de' quali doveva essere ancor presente alla loro memoria (1).

§ 116.

Finalmente si deve far attenzione al fine del contratto, di cui consti con certezza come oggetto dell' unione delle volontà delle parti contraenti. Ciò facendosi, non si può in diritto supporre, *a*, che esseri ragionevoli, al tempo in cui si trattava di conchiudere un affare legale, non abbiano assolutamente voluto proporsi alcun fine od effetto; *b*, che abbiano voluto un fine senza i mezzi necessarj per conseguirlo; *c*, che abbiano inteso di concedere i mezzi ristretti ad un determinato fine anche per altro oggetto estraneo al medesimo; *d*, che abbiano avuta l' intenzione di conseguire qualche cosa, che si possa provare, fisicamente, o moralmente, affatto impossibile (§ 43), o *e*, di stabilire una obbligazione, la quale eccedesse evidentemente l' oggetto accordato (§ 112) (2).

---

(1) Quindi il giureconsulto dice che: *Incivile est, nisi tota lege (pactione) inspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere.* L. 24. *D. de legib.*

(2) Uno che accordi il pascolo delle pecore sopra i suoi propri fondi, deve anche permettere che vi vada il pastore. Chi assegna una somma di danaro per dote non è obbligato a pagarla se il matrimonio non ha luogo; e quello che si obbliga ai servigi domestici ordinarj non può essere costretto a lavori che seco portino il pericolo della vita.

Quindi anche i diritti *f*, e gli obblighi derivanti da un contratto, che hanno il loro fondamento nelle qualità delle persone strettamente personali, devono ritenersi meramente personali *(jura personalissima)* (1).

§ 117.

Per l'opposto in un contratto, siccome esso si fonda nella volontà dichiarata (§ 95) e concorde delle parti (§ 79 confr. col § 112), così non si può in via di diritto aver riguardo a quelle condizioni ritenute in mente, o stabilite soltanto da una parte, le quali non si deducono legittimamente nè dai principj generali del diritto (§ anteced.), nè dalla nozione (§§ 115 e 116) o dal manifesto tenore del contratto stesso. Appartengono a questa classe le eccezioni: *a)* che al momento della stipulazione del contratto le circostanze non fossero così chiaramente manifeste, come al tempo del suo adempimento (§ 99); *b)* che l'altra parte contraente cui esse erano note, non le abbia sinceramente manifestate (ivi); *c)* che dal tempo in cui si conchiuse il contratto lo stato della cosa siasi cangiato, e l'adempimento di esso sia divenuto assai più difficile (§ 102); *d)* che se il medesimo fosse ancora da stipularsi si esigerebbero certamente ben altre condizioni, e che appunto per questo, *e)* l'equità esiga che si declini

(1) Così si chiamano i diritti ed i doveri personali e non trasmissibili, p. e. quelli de' conjugi.

dal rigore della lettera del contratto. Per ciò che in particolare risguarda l'equità che tanto deve stare a cuore al giudice, presa nel senso più esteso, in generale dinota l'adempimento dei doveri di bontà, od almeno ogni recessione dal diritto rigoroso (1). Sembrami poi, che l'equità, principalmente nel decidere de' diritti convenzionali, si prende per la concessione di quelle eccezioni dallo stretto tenore del contratto, le quali, ove le circostanze fossero state note al momento della conclusione del contratto, come lo sieno al tempo dell'esecuzione, esse eccezioni sarebbero state con somma verisimiglianza richieste da una parte come condizioni espresse, e dall'altra accordate (2). Certamente la legislazione positiva

---

(1) Si trovano ancora altri consimili significati presso Grozio, *De aequitate*, Klein, *Annali della legislazione*, T. III. Berlino, 1788.

(2) Kant nella sua *Giurisprudenza*, pag. XXXVIII, parla dell'equità come d'un diritto equivoco, e ne adduce due esempi. « Uno che avendo intrapresa « una società a vantaggi eguali, lavorò più degli « altri, e non ostante per disgrazia ha perduto più « degli altri socj; a titolo di equità può esigere dai « socj più che la sua parte eguale agli altri. — « Un domestico riceve il suo salario per tutto « l'anno in una moneta che durante questo tempo « ha sofferta un'alterazione, e con la quale egli « non può più far fronte agl'impegni ai quali avrebbe « potuto soddisfare se la moneta avesse avuto lo stesso « corso che aveva quando conchiuse il contratto. In « amendue i casi la domanda dell'istante (secondo il « modo di pensare di Kant) ha un appoggio in di-

può attribuire ad alcune di queste eccezioni l'autorità di diritto. Certamente il giudice ha pure in simili casi il dovere di tentare un equo accomodamento fra le parti; ma la pretesa che esso debba di proprio arbitrio sostituire l'equità al diritto, è ingiusta, poichè turberebbe tutta la sicurezza dei contratti ed ogni commercio sociale (1).

« ritto, che però il giudice non potrebbe aggiudi-
« cargli, poichè gli mancherebbero i dati per deter-
« minare qual compenso secondo il contratto com-
« peterebbe all'istante medesimo ». Non sembrami che la difficoltà consista in questo; poichè in amendue i casi non credo che sarebbe difficile di trovare l'entità (il *quantum*) della compensazione. La pretesa piuttosto non è per sè, in merito (come si sogliono esprimere i tribunali), giusta, poichè essa non è protetta nè dal contenuto del contratto, nè dai principj generali del diritto. Ma la ragione per cui ella cotanto si avvicini al rigoroso diritto, sembrami che si trova nello stretto senso dell'equità da me qui spiegato. Chiunque ami la giustizia è in simili casi persuaso che il danneggiato, se avesse preveduto il caso avverso, avrebbe a sè medesimo provveduto con una condizione espressa, e che l'altra parte vi avrebbe acconsentito. L'ultima dunque studia evidentemente di trarre partito dalla poca previdenza, dalla buona fede e dal pregiudizio della prima. E questo modo di agire si avvicina cotanto a quella linea di demarcazione che noi ci figuriamo tra la mancanza di equità e l'ingiustizia, per cui restiamo dubbiosi se piuttosto all'una che all'altra esso appartenga (*summum jus summa injuria*).

(1) Fra le regole più incerte d'interpretazione che vengono raccomandate da molti giureconsulti, deve pure annoverarsi la massima, che il vantaggio di

§ 118.

Le regole d'interpretazione fin qui esposte ci fanno conoscere le tacite condizioni generali che hanno luogo nei contratti di ogni specie. Da queste si distinguono le speciali, le quali derivano dalla nozione delle varie specie in cui si dividono i contratti, avuto riguardo ai principj generali di diritto ed all'espresso tenore de' contratti medesimi: e che perciò si esporranno nel seguente capitolo.

§ 119.

Ai requisiti che sono comuni a tutti i contratti appartengono eziandio certi modi coi quali si estinguono i diritti e gli obblighi che nascono dai contratti stessi. Tali sono 1.° il pagamento (stretto), cioè la prestazione (reale) di tutto ciò ch' è dovuto, quindi dell' intiero debito, nel tempo determinato, nel luogo stabilito e nel modo convenuto

---

uno è da posporsi al danno dell'altro, e che per conseguenza il diritto acquistato senza spesa deve posporsi a quello acquistato con spese (come se il modo di acquistare potesse influire sulla inviolabilità del diritto; ovvero anche che le concessioni favorevoli debbano prendersi nel senso più esteso, e nel più limitato quelle odiose (*favores ampliare, odia restringere convenit*). Ma se si domanda quale sia la concessione favorevole e quale la odiosa, non si hanno per risposta chiare definizioni, o se ne hanno di arbitrarie. Ciò che in rapporti reciproci favorisce il diritto di una parte, ridonda in danno dell' altra. E quante volte questa massima così famigliare ai giudici unicamente per il riflesso che la pena è dannosa al colpevole, conduce ad una indulgenza perniciosa al pubblico bene!

(§§ 108 e 112); 2.° la compensazione, mediante la quale tra il creditore e il debitore si estinguono due reciproche obbligazioni della medesima specie e da adempirsi nel tempo medesimo (§ 6); 3.° il deperimento casuale della cosa perfettamente specificata nel contratto (§ 102); 4.° il cambiamento delle circostanze, dalle quali, come condizioni espresse o tacite, dipendeva il contratto (§ 113-118); 5.° la mala fede, ossia il rifiuto di adempire l'assunta obbligazione, per la quale come condizione venne fatta la promessa (1); 6.° la rinunzia del diritto (§ 6); 7.° la consolidazione, ossia la riunione del diritto e della obbligazione ad esso corrispondente (§ 11) in una medesima persona (p. e., per la compera di un fondo sopra il quale essa aveva già un diritto di servitù); 8.° la novazione (in stretto senso), cioè il cambiamento dei patti di un contratto (p. e. dell'oggetto da prestarsi, o di un contratto puro in uno condizionato), senza che perciò si cangino le persone; 9.° la cessione di un diritto fatta ad un terzo, per la quale il consenso del debitore, ove non siasi di esso espressamente, o tacitamente convenuto, non è necessario (2); 10.° l'assegnamento pieno

(1) Quegli che ha il diritto può anche insistere per l'esecuzione del contratto (§ 111). Il semplice inadempimento di esso non è per sè un motivo di rescissione, ma attribuisce soltanto il diritto di ripetere un risarcimento.

(2) Che se Heidenreich (*Sistema del diritto di*

(delegazione), in forza del quale col consenso del creditore, il cui diritto non si può contro sua volontà cambiare, si costituisce un altro debitore, come mallevadore del debito (ossia come debitore e pagatore) (1). 11.° Se colla morte si estinguono i diritti nascenti da un contratto, verrà altrove esaminato (§ 142).

Capitolo Secondo.

Dei contratti in specie.

§ 120.

I contratti, avuto principalmente riguardo all'oggetto della prestazione, e secondo che essi hanno per iscopo un acquisto (di un diritto per se sussistente), o soltanto le determinazioni dello stesso diritto, ed in ispecie la sicurezza del medesimo, si dividono in contratti *principali* ed *accessorj* (fra i quali si distinguono particolarmente quelli di cauzione). In quelli si ha per iscopo un

---

natura, II, pag. 138) oppone che nei contratti le parti riuniscono con perfetto accordo le loro volontà, e che per conseguenza ogni contraente, il quale contro, o soltanto senza consenso dell'altro, fa un cambiamento al contratto, commette contro questo un'ingiustizia: io rispondo che di regola quello cui compete il diritto può liberamente disporne (§ 80). Non è dunque una regola, ma un'eccezione quella che mediante il contratto siasi acquistato un diritto soltanto personale e non trasmissibile.

(1) Coi tre ultimi modi i precedenti diritti ed obblighi si cambiano in altri, e relativamente vengono tolti.

acquisto; e quindi essi sono obbligatorj per una sola, o per amendue le parti contraenti (siano o a titolo gratuito, o di beneficenza, o di permuta, od oneroso). Di queste due specie avvene molti che (per essere più usitati) hanno nomi particolari. Anche i contratti nominati ammettono tante diverse e volontarie modificazioni, che poco può dirsi di essi in generale. Del resto i diritti e gli obblighi procedenti da alcune particolari specie di contratti, tosto che apparisca cosa siasi espressamente convenuto, possono determinarsi co' principj generali di diritto stabiliti per i contratti (1). Tuttavia per rendere più agevole ai principianti la loro applicazione, e per guidare con certezza il loro giudizio, fa d'uopo esaminare alcuni de' contratti nominati.

---

(1) Sotto questo rapporto, da alcuni scrittori (come Huffeland, Schmalz ed altri) vengono ommesse nel diritto naturale le particolari specie di contratti. Altri all'opposto deducono un gran numero di contratti dal diritto privato positivo (civile). Kant sostiene che tutti i contratti, ed anche que' soli dei quali esso tratta nel diritto privato naturale (*Giurisprudenza*, pag. 120), appartengono alla metafisica del diritto. Premesso che i contratti i quali sono evidentemente appoggiati a prescrizioni positive, ed a particolari relazioni locali, debbano fuor di dubbio appartenere alla scienza delle leggi positive, sembrami che nel resto la scelta debba lasciarsi al giudizio di ciascuno, avuto riguardo allo scopo che egli si prefigge.

§ 121.

Si chiamano contratti a titolo gratuito e di beneficenza quelli coi quali da una parte sola si promette una prestazione, senza che ella si riservi per condizione un correspettivo. Quindi essi si risolvono sempre in una donazione (di un qualche diritto) nell' ampio senso (§ 125); e siccome l' obbligo non si estende oltre il diritto (§§ 108 e 112), e d' altronde non si deve presumere che alcuno voglia gettare inconsideratamente il *suo*, così gli accennati contratti si debbono nel loro stretto senso interpretare (§ 43). L' oggetto de' medesimi è un' azione od una cosa (§ 43), e trattandosi di quest' ultima, l' uso o la piena proprietà. Appartengono quindi a questa classe di contratti il deposito, il comodato, la donazione ed il mutuo.

§ 122.

In forza del contratto di deposito, il depositante acquista il diritto di esigere dal depositario che questi, senza mercede per la sua custodia, garantisca la cosa depositata da ogni danno. Quindi il depositario si assume una obbligazione, e nessun diritto acquista verso il deponente. Egli non può far uso della cosa (§ 49), e se a lui viene domandata anche prima che sia scorso il tempo convenuto (solo a di lui proprio vantaggio), deve restituirla (§ 119) (1). Esso è inoltre risponsa-

(1) Ad un pazzo può negarsi la restituzione, per-

bile verso il deponente del danno cagionatogli o da una sua azione, od anche dal caso, allorchè coll'usare una maggiore diligenza lo avesse potuto impedire. Ma siccome il medesimo non si è obbligato che ad una cura personale, perciò non può ascriverglisi a dovere ch'ei sopporti le spese della custodia, nè che, in un pericolo, per salvare la cosa depositata di maggior valore, sacrifichi la cosa sua, nemmeno quando quest'ultima sia di minore valore, nè la sua proprietà in via comparativa più rilevante, o la sua vita (§ 112) (1). Se poi per salvare la cosa datagli in custodia avesse lasciato perire la propria di minor valore, allora gli se ne dovrebbe rimborsare il prezzo come una spesa necessaria (§ 83). Finalmente se la cosa ricevuta fosse tale che regolarmente non si potesse senza spesa conservare (p. e. una bestia), il depositario avrebbe bensì l'obbligo di farne l'anticipazione (§ 116 *b*), ma allora poi non si tratterebbe di una semplice custodia.

§ 123.

Nel contratto di comodato si accorda ad alcuno

---

chè egli non può far uso del suo diritto (§ 45). *Cicero, de officiis*, III. 25.

(1) Come potrebbesi anche provare l'obbligo, che il semplice depositario debba attribuire alla cosa altrui un prezzo maggiore che alla sua propria, di modo che in un urgente pericolo ne abbia a calcolare il valore, e non abbia a pensare di preferenza a salvare la proprietà sua?

l' uso gratuito di una cosa. Da ciò nascono i diritti del comodatario 1.° di far uso della medesima nel tempo e modo convenuto, e per conseguenza anche 2.° di consumarla quando in via ordinaria ciò sia inseparabile dall' uso; 3.° di ricusare la restituzione della cosa al comodante prima del tempo determinato, benchè questo stesso, per un caso non preveduto, ne avesse bisogno (1). Egli però non ha la facoltà di darla ad altri in prestito, perchè d' ordinario si ha riguardo alle qualità ed ai rapporti personali (2). Per lo contrario i diritti riservati al comodante come proprietario, impongono al comodatario l' obbligazione di restituire a suo tempo la cosa medesima, e di risarcire il danno cagionato o colla consumazione non naturale di essa, o in altra maniera. Le spese per l' uso ordinario che compete al comodatario

(1) La tacita condizione del proprio bisogno, alla quale taluni si riportano (Puffend. *de jur. nat. et gent.*, v. 4, § 6. Wolf. t. IV, § 497) viene confutata da quanto sopra fu esposto (§ 117). Fra le diverse circostanze particolari anche la domanda della restituzione prima del tempo determinato potrebbe cagionare al comodatario un danno tale, quale esso non avrebbe mai voluto sopportare. Vatel. *Ricerche*, pag. 125. La cosa dovrebbe decidersi altrimenti trattandosi di un comodato fatto dietro preghiera (precario), nel quale il comodante si riserva il diritto di dimandare la restituzione a suo piacimento.

(2) Leisler *(Dirit. nat. popolare*, pag. 94) attribuisce al comodatario questo diritto. Heidenreich *(Sistema del diritto di natura*, v. II, pag. 128) lo nega.

(p. e. il nutrimento del cavallo prestato) si devono sostenere da lui stesso (§ 121); ma le straordinarie, senza delle quali non si poteva far l'uso conceduto (p. e. le spese di cura in caso di malattia), sono a carico del comodante come proprietario (83).

§ 124.

Al danno accidentale è soggetto il proprietario (§ 119), e per conseguenza in questo caso il comodante. Vi sono però alcuni scrittori di diritto naturale (1) i quali fanno un' eccezione a cotesta regola, pel caso che l'accidente contrario non avesse potuto colpire la cosa se questa fosse stata in possesso del comodante. Essi dicono che il proprietario accorda soltanto l'uso, e perciò in qualunque caso dev' essergli restituita la cosa stessa od il suo valore; che non si può presumere che al comodatario, il quale riceve la cosa in custodia, voglia il comodante rimettere anche il pericolo, e ritenerlo a suo carico (2). Ma dall'essersi accordato il semplice uso, ciò soltanto ne risulta, che il comodatario non può arrogarsi la

(1) Puffendorf, *de jure nat. et gent.* V. 8, § 6. Wolf. *J. N.* V. IV, § 451. Kant, *Giurisprud.*, pag. 143.

(2) Kant medesimo avverte nel l. c. pag. 145, che i tribunali civili possono avere riguardo soltanto a ciò che è certo (che qui è il possesso della cosa come proprietà), e non alle presunzioni di ciò che l'una o l'altra delle parti può avere pensato. Questa regola ha luogo certamente anche nel diritto naturale (§ 119).

proprietà, e che esso deve impiegare tutta la cura per la conservazione della cosa (§ 122). Non ne segue poi che egli debba sottostare agli accidenti, e tanto meno in quanto che non detiene la cosa arbitrariamente (di propria autorità) come il possessore di mala fede, ma bensì col consenso del proprietario, per un tempo determinato; il quale con ciò l'ha egli medesimo esposta al pericolo di un deterioramento accidentale possibile durante la detenzione del comodatario. Le semplici presunzioni sono però generalmente una guida troppo incerta per giudicare (§ 96). E si può ben dire (con Titio ad Puffend. *de of. h. et c.* l. 15. § 6) che non è presumibile che il comodatario, per un uso spesse volte insignificante, voglia esporsi al rimborso di un danno accidentale. Laonde il giudizio dev'essere dedotto piuttosto dalla natura del contratto e dai principj generali del diritto.

§ 125.

La donazione propriamente detta è un contratto con cui si trasferisce in altri gratuitamente la piena proprietà di una cosa. Quindi 1.° il solo proprietario può con effetto donare (§ 104). Il possessore di buona fede trasmette soltanto il diritto di possesso di buona fede (§ 82). Avvenendo dunque che la cosa sia reclamata dal vero proprietario, non può il donatario pretendere veruna indennizzazione dal donante, perchè questi intese conferirgli il solo diritto ch'egli stesso aveva su quella cosa, e v'è molto ancora a dubitare, se

il medesimo, sapendo che la cosa era d'altrui, gliene avrebbe donata un' altra o il suo valore. 2.° La donazione può farsi sotto condizioni possibili, nel qual caso il donatario acquista soltanto un diritto condizionato (§ 113). 3.° Finchè quest' ultimo non accetta la donazione offertagli, può il donante rivocarla (§ 97) (1). 4.° Quando egli però abbia dichiarato di accettarla, e con ciò siasi perfezionato questo contratto, ne deriva un diritto reale, se l' oggetto è pienamente determinato; se no, almeno un diritto personale di obbligare il promettente, che per avventura si fosse pentito, ad adempire la sua promessa (§§ 108 e 109) (2). Del resto 5.° richiedesi essenzialmente

(1) Gundlingiana, cap. XXIX.

(2) Kant (*Giurisprud.* pag. 141) lo nega, perchè non si possa presumere che sia stata intenzione del promettente di accodare di poter esser forzato a mantenere la promessa, e per tal modo alienare gratuitamente la sua libertà, e quasi essere prodigo di sè medesimo. Egli dice che solo il Foro civile si attiene con diritto alla certezza, cioè alla promessa ed alla accettazione, non a ciò che probabilmente fu pensato, ma non venne espresso, poichè altrimenti sarebbe per esso oltre modo difficile, anzi impossibile di giudicare. Stefani rimprovera persino alla legislazione civile che essa in tal modo tolga agli uomini il diritto della inalienabilità del suo volere (*Osservazioni sulla giurisprudenza* di Kant, pag. 95, e *Tratti fondamentali della giurisprudenza*, § 234 e seg.). Io non veggo il motivo per cui appunto la donazione propriamente detta debba qui fare un' eccezione. Con tali ragioni, se attentamente si riflette, tutti i contratti nello stato di natura si renderebbero incerti e di nessun effetto.

nella donazione, come negli altri contratti di beneficenza, che non sia convenuto alcun correspettivo (1), altrimenti essi passano nella categoria de' contratti onerosi. Le retribuzioni non convenute (spontanee) non producono alcun cangiamento nelle legali determinazioni dei contratti di donazione.

§ 126

Nel contratto di mutuo si dà una cosa (esterna) con la condizione che si debba restituire una cosa simile (della stessa quantità e bontà). Quindi il mutuario gode del vantaggio ch'egli può disporre liberamente della cosa, usarne a piacere e consumarla (2), e l'obbligo suo è soltanto di restituirne una simile al tempo determinato (3).

Si può invocare l'uso della libertà solamente in quanto non siasi rinunziato al medesimo in favore dell'accettante, e non siasi estesa la sfera del suo diritto. Quegli che promise, senza alienazione, voglia pure (internamente) ciò che gli piace; ma deve (esternamente) agire, cioè prestare ciò che ha promesso quando per tal modo ha dato il diritto ad altri di esigerlo da lui.

(1) Quindi le donazioni chiamate reciproche non possono dirsi donazioni; per lo più esse si fanno anche soltanto per eludere, coll'apparenza di una donazione, la legge positiva la quale proibisce la compra o la permuta di alcune cose.

(2) Nel mutuo dunque non si accorda, come comunemente si sostiene, il semplice uso, ma bensì la proprietà stessa.

(3) Quindi sono oggetto di mutuo le cose delle quali una individuale fa le veci delle altre della me-

§ 127.

Quegli che conchiude un contratto a titolo oneroso esige un correspettivo (§ 120). Quindi un tale contratto, in dubbio (§§ 116 e 118), esclude la presunzione, che una parte doni all'altra qualche cosa (§ 121), e si deve piuttosto supporre che ognuna voglia ricevere, se non di più, almeno altrettanto di quello che dà, che, in una parola, è quanto dire, voglia far una permuta (nel senso più ampio). Quindi allorchè si conchiude un tale contratto, si confronta l'utilità (la capacità al conseguimento dello scopo) della cosa da alienarsi con quella della cosa da riceversi in cambio. L'utilità di una cosa chiamasi valore, ed in quanto essa viene posta in confronto e stabilita col valore di un'altra cosa chiamasi prezzo. Perciò negli oggetti di permuta si procura di trovare il loro valore, di confrontare l'uno coll'altro, di determinarne il prezzo e di stabilire colla possibile proporzione l'eguaglianza del medesimo riguardo agli oggetti stessi da permutarsi. Tuttavia la difficoltà di trovare una perfetta eguaglianza e (per

---

desima specie, senza danno di chi la riceve (*res fungibiles*), ciò che regolarmente ha luogo in quelle cose che in tutto, o in parte debbono distruggersi o alienarsi affinchè prestino l'uso ordinario, e per ciò (in senso legale) si dicono soggette a consumazione, p. e. commestibili, danaro. Per l'opposto gli oggetti del comodato (§ 123) sono regolarmente le cose non fungibili, ossiano quelle tali che se ne può far uso senza consumazione.

tacere di altre difficoltà) il riflesso principalmente che quello con cui noi abbiamo intenzione di trattare, ricusa sovente ciò che gli offriamo e domanda un altro oggetto che non possediamo, dovette, allorchè si aumentò il commercio fra essi, indurre a poco a poco gli uomini a fissare una cosa certa e determinata (p. e. l'argento) da considerarsi come segno rappresentativo di ogni oggetto di permuta, contro cui ognuno sarebbe disposto a cedere la cosa sua suscettibile di alienazione, colla certezza di potere con ciò acquistare altre cose. Il mezzo generale del commercio in confronto delle altre cose (*merci*) chiamasi *danaro*, ed il valore determinato col denaro dicesi eccellentemente *prezzo* (1).

§ 128.

Il diritto di stabilire il prezzo, per cui la cosa dev'essere venduta, spetta al proprietario della medesima. Egli può meglio di chiunque conoscere qual vantaggio o qual piacere, secondo la sua im-

(1) Io posseggo un cavallo inutile pel mio uso, e desidero di avere invece alcune pecore. In questo caso il cambio in proporzione del valore può essere difficile. Io offro del grano per alcuni vitelli, invece mi si chiede del ferro, di cui io manco. Con danaro (diviso in piccole porzioni) può farsi una esatta compensazione. Pel danaro mi si danno i vitelli, perchè con esso si può comperare il ferro. Le spiegazioni ulteriori sull'origine del danaro, e de' motivi pei quali si sono scelti a tal uopo i metalli, e si sono coniati in monete, appartengono all'economia di Stato.

maginazione, il suo modo di godere, la sua inclinazione e le altre di lui circostanze, la cosa gli abbia finora procurato e gli possa successivamente procurare. Esso può altresì con maggior sicurezza determinare cosa gli si debba dare come correspettivo (come prezzo), sia in danaro, sia in altre cose, nel caso che gli convenga in avvenire di privarsene; ed a ciò egli ne ha pure diritto (§§ 42 e 77). Chi approva le condizioni della cessione, non può lagnarsi d' ingiustizia (§ 94). Il prezzo dunque è giusto, secondo il diritto privato naturale, quando in esso amendue le parti liberamente convengono (1).

§ 129.

Dalle cose premesse in unione con i principj superiormente esposti (§§ 127 e 128) risguardanti il diritto di contratto, derivano le seguenti verità legali per giudicare de' contratti onerosi in genere. 1.° Nei contratti obbligatorj per ambe le parti (bilaterali) si deve ritenere in dubbio che le medesime abbiano avuta l' intenzione di osservare l' eguaglianza (del valore). 2.° Esiste l' eguaglianza

(1) Io dico secondo il diritto privato naturale; poichè nello Stato in cui il prezzo reale può essere fissato dall' uso, da alcuni dati certi, o dalla decisione de' periti, il legislatore per assicurare a tutt' i cittadini il necessario sostentamento, il guadagno ed il commercio, può essere autorizzato a stabilire il prezzo delle cose vendibili. È quindi ingiusto (positivamente) il prezzo tosto che oltrepassa la misura legale.

legale quando siavi il consenso negli oggetti da permutarsi (§ anteced.). 3.° Resta però violata l'eguaglianza, se il consenso fu ottenuto con un mezzo ingiusto, come p. e. coll'errore, coll'inganno, con la violenza (§§ 99 e seg.) (1). 4.° L'obbligazione dell'adempimento da una parte

---

(1) Vogliono alcuni (Grot. *De jur. bel. et pac.* II. 12, § 8 e 12. Wolf. *J. N.* T. IV, § 926) che per la richiesta eguaglianza siavi luogo al diritto d'indennizzazione, quando gli oggetti da permutarsi sono inegnali nel valore comune (che ad essi si attribuisce dai periti), o se una parte fu enormemente lesa riguardo al valore. Ma chi può mai con effetto legale (non avuto alcun riguardo alla legislazione positiva) determinare il valore comune? Chi può costringermi ad aver riguardo piuttosto al valore comune, che allo straordinario che io posso ricavare dalla cosa, o al valore di mia particolare affezione? Chi sforzerà l'altro ad accettare l'offerta? Quando può dirsi considerabile la lesione? Grozio e Vollio confondono qui, come in molte altre questioni, la morale col diritto, ed essi medesimi ammettono tanti casi di eccezione nei quali non si ha diritto di lagnarsi della ineguaglianza, che la regola va a ridursi a zero. Gundling (*J. N.* c. 23, § 24) osservò ottimamente: *Imprudens habetur qui rem suam adeo magni facit, nullum ut inveniat emtorem, aut qui non alterius velit comparare: quemadmodum vicissim a stultitia proxime abest, qui ita inepte rerum est cupidus, ut quod alter vult, exsolvat. Neuter tamen injustus est, neuter prodigus aut durus; quia in conventionibus onerosis humanitas et beneficentia exulant.* Eccellenti considerazioni sull'applicazione del diritto e della morale al commercio ritrovansi nel chiarissimo Garve: *Osservazioni sui libri degli ufficj di Cicerone*, t. III, pag. 67 e seg. Confr. Tomasi, *Diss. de æquitate cerebrina*, l. 2. *C. de resc. vend.*

presuppone la facoltà e la disposizione di prestare il correspettivo dall' altra. 5.° Se dunque nè dal contenuto espresso del contratto, nè dalla sua natura può determinarsi chi debba per il primo prestarsi alla sua esecuzione, potrà insistere per la medesima quello solo che già per parte sua ha adempito il contratto.

§ 130.

Tutt' i contratti onerosi sono una permuta di diritti reciproci (§ 127) che risguardano qualche persona (le forze, le opere), ovvero cose estranee. Si permuta cosa con cosa, opera con opera, o cosa con opera, o viceversa. (*Do, ut des; facio, ut facias; do, ut facias; facio, ut des*). Secondo le diversità delle cose e dei diritti accordati sulle medesime, e secondo pure la diversità dei fini pei quali si promettono le opere, non che delle moltiplici combinazioni che immaginare si possono nelle prestazioni e nelle retribuzioni, si hanno innumerevoli specie di commercio, delle quali non si scelgono qui che le più note.

§ 131.

I contratti onerosi, coi quali si aliena la proprietà delle cose, sono *a* la permuta (strettamente considerata), *b* la compra e vendita, *c* il mutuo con usura. La permuta è un contratto per cui si conviene di cedere la proprietà di una cosa spettante ad una delle parti contraenti, contro la cessione della proprietà di una cosa appartenente all' altra (mercanzia per mercanzia, non per una

determinata somma di danaro (§ 127)). Per tal modo si acquista la proprietà di una cosa totalmente determinata, anche prima della tradizione (§ 109); per conseguenza si sottostà pure al danno che per semplice caso può colpire la cosa prima della medesima tradizione (1). Se però chi aliena non fosse egli stesso il proprietario della cosa, ed a chi l'ha ricevuta venisse evinta dal vero proprietario, il primo può convenire l'alienante per ricuperare ciò che ha dato sotto la condizione naturale di conseguire la proprietà della cosa permutata colla sua (§ 113).

§ 132.

Il contratto di compra è l'alienazione di una cosa per una quantità di danaro. Se questo contratto si conchiude puramente, cioè se il consenso (diverso dall'adempimento, § 129-4) non dipende da alcuna condizione, ovvero esistono già le condizioni, il compratore della cosa, se questa sia pienamente determinata, ne diviene proprietario anche prima della tradizione. Quindi egli può ripeterla eziandio da un terzo, cui il venditore potesse averla posteriormente venduta e con-

(1) Perciò anche l'alienante può esigere, dopo conchiusa la permuta, che la cosa sia ricevuta dall'acquirente, e che egli sia esonerato dalla cura della medesima. Ma da questo non si può per altro dedurre con Kant (*Giurisprudenza*, pag. 104) che l'alienante resti proprietario fino all'atto della tradizione.

segnata. Per lo contrario il venditore non acquista la proprietà del prezzo come cosa non ancora perfettamente determinata, se non mediante la tradizione (§ 108). Sovente il venditore può o vuol cedere soltanto al compratore un diritto limitato di proprietà, e allora quest' ultimo lo acquista colla sola limitazione fatta dal primo (§ 112). Sovente si vende al compratore la sola speranza di un vantaggio incerto, ed egli dev' essere contento quand'anche non si realizzi lo sperato vantaggio (1). Le altre naturali determinazioni si debbono desumere dal precedente § 129, e le volontarie dall' espresso contenuto del contratto.

§ 133.

Col contratto feneratizio si cede la proprietà di cose fungibili (principalmente di una somma di danaro) sotto la condizione che la retribuzione venga fatta in cose simili con una mercede (coll' interesse, p. e., del 4 o 5 per cento all' anno). Qui dunque hanno luogo le determinazioni legali del mutuo generalmente considerato (§ 126), con questa differenza, che al creditore si deggiono pagare gl' interessi come prezzo della proprietà di cui egli si è privato nel tempo intermedio. Riguardo alla quantità degli interessi, si distingue dal contratto feneratizio l' *usura*. Ognuno attribui-

(1) Appartengono a questa classe i contratti di sorte (*aleatorj*), come la scommessa, il giuoco, la compra di una speranza, ec.

sce alla parola usura l'idea di una prestazione eccessiva di frutti, la quale è in opposizione ad una legge o di diritto o morale, e che per conseguenza o è ingiusta o per lo meno immorale. Il giudicare dell' equità di una prestazione di frutti spetta al moralista (1). In senso legale i frutti divengono una usura sol quando essi sieno in contraddizione colla legge positiva o naturale. Sotto il primo aspetto i principj sull' usura non appartengono a questo luogo, ma alla filosofia del diritto positivo, ed alla giurisprudenza positiva (2). Ma nel diritto naturale, la questione, se vi sia eccedenza d' usura, e quando i frutti debbano considerarsi veramente (eccedenti) usurarj, si riunisce a quella generale, se diasi un prezzo ingiusto, e quand' egli possa ritenersi come tale. Il diritto naturale non istabilendo verun prezzo alle cose, non determina per conseguenza alcuna misura per i frutti. È ingiusto il prezzo quando offenda la eguaglianza legale. Tosto che però amendue le parti

(1) Fino alla metà dello scorso secolo si discusse seriamente se ogni interesse, per modico ch' egli fosse, non dovesse ritenersi (illecito ed ingiusto) usurario. Al declinare del secolo medesimo, quando i forti interessi erano ancor più divenuti in uso, si stabilì la questione se esistesse una usura.

(2) Nei pregevoli Trattati del consigliere Keefs, Sonnenfels, Bonelli e Guentherio, sulla questione: Cosa è usura, e quali sono i mezzi migliori per reprimerla senza leggi penali? questi rispondono principalmente coi principii della politica. Secondo quelli di diritto, la mia combina con la loro opinione.

abbiano su di esso volontariamente convenuto, non v'è più luogo a querelarsi sulla lesione di questa eguaglianza. Ciò vale eziandio pel contratto feneratizio. Spetta al proprietario del danaro il giudicare qual utilità possa ritrarne secondo le circostanze del tempo, del luogo, secondo la sua industria, ecc., e quanto perciò gli si debba pagare in via di compenso per la privazione dell' uso ch' egli si impone. Il mutuatario deve calcolare qual vantaggio possa ricavare dalla somma a lui prestata, o se il danno al quale egli si sottrae coll' uso della medesima superi la quantità delli richiesti interessi. Ma se egli ha liberamente consentito di prestarli, come potrà in seguito lagnarsi di ingiustizia? Quando però per conseguire forti interessi della somma prestata siasi tratto partito dall' età immatura e dalla manifesta imbecillità di quelle persone che non sono in grado di ben conoscere l' oggetto del contratto; quando a tal fine siasi impiegato il dolo, o l' inganno, ovvero siasi costretto un terzo ad annuire alla convenzione con illecita violenza (1); in questi casi il contratto,

(1) Non si confonda con ciò l' urgenza delle circostanze, cui il mutuatario siasi ridotto per propria o altrui colpa, ovvero per infortunio. Quegli che trae vantaggio dalle misere circostanze del mutuatario a lui note, per esigere interessi oltremodo gravosi, è un uomo senza equità, ed immorale, ma non può essere paragonato all' assassino che toglie violentemente la borsa ad un altro. Confr. Garve al l. c.

secondo i principj generali del diritto, è ingiusto ed usurario (§ 129).

§ 134.

Alla classe dei contratti onerosi appartengono anche le locazioni (§ 130) che hanno per oggetto o le cose o le forze: cioè la locazione e conduzione di una cosa, delle opere, del mandato. Col contratto di locazione si accorda l'uso determinato di una cosa non fungibile (§ 126) (p. e. di un cavallo da sella, di un' abitazione) per una mercede parimenti determinata in danaro contante (locazione propriamente detta). Quindi il locatore ha il diritto 1.° di esigere la mercede determinata, benchè il conduttore non possa far uso della cosa condotta, a motivo delle sue personali relazioni, ma che però essa abbia potuto prestargli quell' uso che fu convenuto; 2.° di riavere, finita la locazione, la cosa medesima non danneggiata (eccettuato il deterioramento derivante dal necessario uso della cosa stessa); 3.° di alienare il diritto di proprietà riservatosi anche nel tempo della locazione, benchè da questa esso trovisi limitato (§ 80). Il conduttore poi ha diritto, *a* di usare della cosa durante la locazione, quantunque il locatore la ridomandasse per suo proprio non preveduto bisogno. *b* Il diritto concesso al conduttore sopra una cosa determinata deve considerarsi come un diritto reale (1), che si può far valere contro

(1) Kant lo qualifica per un diritto personale che tien dietro a quello reale competente al compratore (*Giurisprud.*, pag. 129 e 169.)

chiunque (§ 110), e conseguentemente anche contro quello che nell' intervallo abbia acquistata la proprietà (limitata). Quindi secondo il diritto naturale la locazione non termina per la vendita della cosa locata. c Se al conduttore sia permesso di dare ad altri la cosa in subaffitto, ciò deve giudicarsi secondo i principj sopraesposti (§ 123).

§ 135.

La locazione e conduzione di opera (locazione considerata nel suo più stretto senso, § 130) è un contratto con cui uno promette di prestare i suoi servigi, o di eseguire un' opera (colla forza del corpo o dello spirito) per una determinata mercede (1). I servigi si possono promettere per un tempo indefinito (fino alla volontaria denuncia di una o dell' altra parte), o per un tempo determinato, o vita durante; essi possono essere parziali, limitati dalla precisata qualità del servigio, o illimitati, cioè possono comprendere ogni servigio possibile. Ma un contratto in forza di cui il conduttore di opere acquistasse perfino la proprietà della persona che le deve prestare, in modo di poterne a suo piacimento disporre come di una cosa (schiavitù), sarebbe invalido (§ 103) (2).

---

(1) Della servitù legalmente imposta si parlerà più diffusamente al § 188.

(2) Lo stesso diritto romano non permette che uno venda se medesimo come schiavo (l. 37, *D. de lib.*

§ 136.

I diritti reciproci delle parti che hanno conchiuso questo contratto si determinano dal consenso espresso, o pure, in sussidio, dal tacito, il quale, secondo le regole legali d'interpretazione (§ 114-118), si desume dall'idea di una persona di servigio di determinata specie, dall'uso dominante, o dal principio della eguaglianza che, in dubbio, deve presumersi nei contratti onerosi (§ 127). Quindi il padrone può esigere tutti ed anche soltanto que' servigi che sono validamente convenuti, e siccome qui si considerano le qualità personali, può pretenderli da quello stesso che si obbligò a prestarli, senza essere costretto a contentarsi di un altro in sua vece. Egli ha la facoltà di limitare il servo in tutte quelle azioni colle quali venisse eluso il suo diritto ai servigi pro-

---

caus.), perchè, come dicevano i giureconsulti romani, è impossibile che una persona divenga una cosa o un oggetto di proprietà. La più convincente confutazione della schiavitù è la definizione che Aristotile, nella seconda parte della sua Politica, dà di uno schiavo, qualificandolo un vivo e ragionevole stromento *(organon)* pei fini di un altro uomo (§ 2). Per lo contrario se per schiavitù s'immagina uno stato in cui taluno si obbliga a far molte delle sue azioni secondo la volontà e pel vantaggio altrui, od anche a prestare tutti i possibili servigi sì fisici che morali, allora essa si può legalmente ammettere. Feder, *Diritto di natura*, § 38. Hufeland, *Sistem.* § 386. Confr. Hugo, *Dottrina del diritto naturale*, § 141 e seg.; e Buhle, *Dottrina del diritto naturale*, § 177 nota.

messi (§ 116), e a quest' oggetto d' impiegare eziandio tutti gli opportuni mezzi correzionali (§ 182). Perciò esso ha pure il diritto d' inseguire dovunque il servo che avesse voluto fuggire prima del tempo. Ma, in dubbio, non è da presumersi che abbia pure il diritto di cedere ad altri la sua autorità, poichè anche il servo suole aver riguardo alle qualità ed ai rapporti del suo padrone. Il servo generalmente ha l' uso della libertà in tutto ciò che non lede il diritto del padrone. Esso ha diritto alla mercede convenuta pei servigi prestati, non che alla pattuita continuazione di essa pei futuri servigi, de' quali sia capace, e che sia disposto a prestare, benchè il padrone non ne abbia più bisogno (1); ed anche al servo competono i proporzionati mezzi coattivi per difendere i suoi diritti contro il padrone (§ 5). Come si estinguono questi diritti reciproci si rileva dal precedente § 119.

§ 137.

Chi si assume (espressamente o tacitamente) di amministrare in nome di un altro un affare commessogli contro rimunerazione (2), stipula un

---

(1) Se la mercede o il mantenimento di una persona di servizio è assicurata per tutta la vita, allora anche nel caso di sopravvegnente incapacità ella non può essere congedata (§ 152).

(2) I mandati si assumono d' ordinario contro mercede; e perciò la maggior parte degli scrittori annovera il mandato fra i contratti onerosi.

contratto di mandato. Col medesimo il mandante acquista il diritto alle azioni promesse dal mandatario, e nello stesso tempo acquista anche la facoltà di ritenere per suoi i diritti derivanti dal mandato, sebbene essi risguardino una persona terza, come pure si assume il dovere di adempire gli obblighi che ne nascono verso il terzo (*Quod quis per alium facit per se fecisse videtur*). Dai rapporti fra il mandante ed il mandatario deriva per quest'ultimo il dovere di adempire esattamente il mandato, e di risarcire il danno dalla sua negligenza provenuto. Ma esso ha pure il diritto di chiedere una indennizzazione per il danno sofferto e per le spese necessarie sostenute nell'esecuzione del mandato (1). Quand'egli entro i limiti del medesimo ha conchiuso affari con altri, questi con ciò acquistano dei diritti, o incontrano degli obblighi verso il mandante senza riguardo alle restrizioni segrete che esistere potessero tra il mandante stesso ed il mandatario (§ 95) (2).

(1) Se il mandatario ha sofferto nella sua proprietà un danno accidentale, che non aveva alcun necessario rapporto colla esecuzione del mandato, la sua pretesa di essere indennizzato sarà di equità, ma non di giustizia, come sostiene Wolf (*J. N.* T. IV, § 682).

(2) Chi diede un libero e pieno potere di comperare una casa in vendita per il prezzo notato nei libri pubblici, deve in seguito della vendita conchiusa dietro la produzione del mandato pagare il prezzo di stima (p. e. ventimila talleri), benchè segretamente avesse limitato la facoltà del sensale a non promettere più di diecimila talleri.

§ 138

La gestione degli affari altrui senza mandato (*negotiorum gestio*) non è un contratto (§ 96). Quegli però che vuol approfittare del vantaggio che ne provenne, deve anche rimborsare le spese che sono con esso congiunte (§ 83). Se taluno contro la volontà di un terzo s'ingerisse in un affare già dal medesimo affidato ad un altro, lederebbe amendue nel loro diritto, e sarebbe verso amendue risponsabile (1). Con questo principio si può anche giudicare sulla legalità della ristampa delle opere altrui. L'autore autorizza esclusivamente il suo editore di parlare al pubblico in suo nome per mezzo della stampa. Chi ripete l'edizione s'ingerisce in questo affare contro la volontà dell'uno e dell'altro, e quindi agisce ingiustamente, senza distinguere se con ciò venga anche tolto o no all'editore legittimo il vantaggio che poteva e voleva conseguire dal diritto a lui ceduto (§ 88) (2).

---

(1) Se io do l'incumbenza ad un avvocato in presenza di un altro di rappresentarmi, specificando il modo, avanti il tribunale, e se quest'altro avvocato (anche seguendo la lettera delle istruzioni che mi ha sentito a dare) trattasse il mio affare avanti il tribunale, agirebbe ingiustamente tanto verso di me, come particolarmente verso il suo collega.

(2) Kant, *Giurisprud.*, pag. 127 e seg., e *Giornale periodico di Berlino, mese di maggio* 1785. Su questo motivo, benchè non chiaramente trattato, Gundling si è fondato per combattere la ristampa di un libro altrui fatta di proprio arbitrio. *Gundlingiana*, cap. XIV. Altri appoggiano la prova sulla pro-

§ 139.

Tra i contratti di cauzione (§ 120) si distinguono principalmente il pegno e la fidejussione (1). Col pegno si assegna al creditore un diritto reale (sopra una cosa) onde conseguire su di essa il pagamento, se il debito non viene estinto nel tempo prefisso. Quando in forza del contratto esso viene subitamente consegnato si chiama *pegno in specie;* in caso diverso dicesi *ipoteca.* Laonde col contratto di pegno il creditore non acquista (senza

---

prietà dei pensieri, e sulla condizione, se non espressa, almeno tacita, della vendita del libro, di poterne fare qualunque uso, tranne solo quello della ristampa. Per lo contrario il diritto della ristampa viene sostenuto da quello di poter fare qualunque uso più piaccia dell' esemplare acquistato, e di ritrarne profitto. Fra tutte le opere scritte sopra questa questione io cito soltanto Ehler, *Sulla inammissibilità della contraffazione dei libri secondo il diritto naturale coattivo.* Dessau 1784. *Magaz. di Gottinga*, tom. I. Niethammer, *Giornale filosofico*, tom. I, cap. 2. Buhle, *Dottrina del diritto naturale*, § 240. Si confr. Jacob, *Giurisprud. filosofica*, l. 280 e seg. Hoffbauer, *Ricerca* XXXIII. Stephani, *Tratti fondamentali della scienza del diritto*, § 341 e seg. Se in vista delle forti ragioni che militano per l' una e per l'altra opinione, l' autorità pubblica abbia la facoltà in uno Stato di permettere la ristampa di opere estere, è questo un esame ch' è di competenza del diritto di Stato. *V. Il Diritto di Stato Prussiano.* T. II, tit. 20, § 1294 e seg.

(1) Le asseverazioni, e specialmente il giuramento avvalorano bensì l' obbligazione morale; ma siccome non danno un nuovo mezzo di esecuzione a quello cui compete il diritto, non si possono perciò annoverare nella giurisprudenza tra le cauzioni legali.

una particolare condizione) il diritto di servirsi del pegno, ma bensì quello *a* di tenere per sua sicurezza il pegno a mano, e di aver cura che non gli sia distratto; *b* di alienare il pegno alla scadenza se il debito non viene pagato, e di dedurre dal ricavo l'importo del suo credito, o di ritenere per se nell'egual modo il pegno stesso (restituendo cioè il soprappiù del suo valore) (1); e *c* di reclamare a tal fine il pegno da qualunque altro possessore, cui potesse spettare soltanto il diritto limitato di proprietà (§ 132). Se il pegno perisce per caso fortuito, il creditore perde il diritto di cauzione che era ristretto al medesimo (§ 119); ma il diritto di esigere il credito non soffre veruna alterazione, essendo questo indipendente dal primo. Il fidejussore si obbliga a pagare sotto condizione che il debitore non adempia il suo dovere. Quindi egli è soltanto risponsabile dopo che il creditore abbia esauriti tutti i mezzi per ottenere il pagamento dal debitore principale, ed in questo si distingue dal debitore reale (§ 119).

§ 140.

Ci resta a parlare dei patti successorj, de' testamenti, delle donazioni, dei legati e di altre

(1) Non v'ha dubbio alcuno che il creditore possa esigere per condizione l'uso del pegno, o la sua perdita assoluta nel caso di non eseguito pagamento (§ 129).

disposizioni vere o presunte per causa di morte (§ 96), del cui effetto si suole disputare nel diritto di natura. Il patto successorio ha luogo quando uno fa promessa della sua eredità, cioè del diritto sopra tutti i suoi beni che lascierà dopo la sua morte, e questa promessa viene dall' altro (come crede) accettata Se cotesta dichiarazione viene fatta soltanto per parte di quello che lascia l' eredità (senza che ella possa essere accettata dall' erede), allora si chiama testamento. Le donazioni per causa di morte ed i legati risguardano cose singolari o semplici porzioni di eredità. La successione *ab intestato* si fonda nella presunta volontà del testatore di lasciare la sua eredità ai di lui più prossimi congiunti (p. e. ai consanguinei, al conjuge superstite, ec.). Se tali disposizioni abbiano forza legale in virtù del solo diritto naturale (non avuto alcun riguardo alla legislazione positiva), è questione in cui tanto per la decisione affermativa, come per la negativa fu assai disputato sino ai tempi a noi più vicini.

§ 141.

Molti, di fatti, senza fare distinzione tra le diverse disposizioni a causa di morte (§ anteced.), decidono affermativamente la questione. Essi dicono (1) che il proprietario ha il diritto di di-

(1) Grotius, *De jure belli et pacis*, l. 6, § 14. Daries, *De adqui. hæred. sec. jus nat.* Jen. 1746. Martini, *Sistema del diritto nat.* § 788; e Rasp, *Schiarimenti*, § 788 e seg.

sporre liberamente della sua proprietà; che per conseguenza esso può trasmetterla o puramente o sotto la condizione della sua morte, e della non rivocata volontà (§ 77—81); che da questo diritto nasce per una parte l'obbligo legale a tutti incumbente di rispettare la disposizione del proprietario, sia ella espressa, o presunta dall'amore naturale e doveroso verso i congiunti, e per l'altra deriva pure il diritto esclusivo dell'erede o del legatario di accettare le cose a lui lasciate dal testatore, diritto che per la morte di questo diviene irrevocabile; che quindi i beni di un defunto non sono cose assolutamente vacanti, ma nel caso del patto successorio o della donazione a causa di morte sono cose già acquistate, e negli altri casi sono cose giacenti (§ 85, N. 2) che in seguito all'adizione dell'eredità, o dell'accettazione per parte dell'erede o del legatario divengono loro proprie. Alcuni ammettono bensì come validi i patti successorj e le donazioni a causa di morte, ma non già i testamenti, i legati, e le successioni intestate, perchè senza patto successorio i beni di un defunto diverrebbero senza padrone (*res nullius*) (1). Altri finalmente escludono almeno quest'ultime, perchè il dovere di promuovere il

(1) Achenwal, *J. N.* § 238. Hofner, *Diritto naturale*, § 107. Feder. *Diritto nat.* § 30. Hufeland, *Sistemi del diritto nat.* § 331. Jacob. *Giurisprud. filos.* § 271 e seg. Hofbauer, *Diritto nat.* § 342 e seg.

bene de' congiunti non è che un dovere di bontà, e qualunque presunzione su di ciò è oltremodo ambigua ed incerta (1).

§ 142.

Per lo contrario molti de' più recenti giurisperiti filosofi sostengono che nè i patti successorj, nè i testamenti od altre disposizioni pel caso di morte, e neppure le successioni *ab intestato*, sieno, secondo i principj di diritto, un modo legittimo di trasmettere la proprietà ad una determinata persona. Ma i loro motivi non sono di egual peso. Essi partono dal principio che il diritto del proprietario sopra cui si fondano i sostenitori della validità delle ultime volontà (§ antec.) è limitato alla durata della sua vita, e concludono da ciò, che una trasmissione della proprietà la quale deve soltanto aver luogo colla morte del promittente, non può in diritto sussistere. In questa argomentazione però resta a desiderarsi l' evidenza dell' antecedente proposizione. Se io, p. e., dono o vendo ad alcuno un orologio, egli vi ha diritto

(1) Taffinger, *Sistemi del diritto naturale*, § 511 e seg.; Kant, *Giurisprud.*, pag. 135, e pag. 175 n.; H. Stephani, *Osservazioni sulla Giurisprudenza di Kant*, pag. 90, e *Tratti fondamentali della scienza del diritto*, § 238 e seg.; Pelay (*Principj della morale e della politica*, pag. 205) sostengono la validità dell' ultime disposizioni di volontà sulle cose che si sono acquistate col proprio lavoro, non però sopra fondi, sui quali cessa il diritto cessando il bisogno e il godimento.

non solo finchè vivo, ma anche dopo la mia morte; dunque il mio diritto di proprietà non è limitato soltanto al tempo della mia vita. Contro i testamenti e le altre disposizioni a causa di morte soltanto unilaterali, si adduce in particolare, che durante la vita del testatore, per mancanza dell' accettazione, e dopo la di lui morte per mancanza della promessa già estinta, non può aver luogo l' unione delle volontà, che appartiene all' essenza della traslazione delle proprietà (§ 93). Gli oppositori evitano cotesta difficoltà coll' osservare che la volontà non ritrattata dura tuttora; che il principale ed esclusivo diritto di accettazione è già fondato dalla semplice promessa; che si deve perfino ragionevolmente presumere nell' erede la volontà di accettare (ove non debba perdere, ma guadagnare). Esaminando più esattamente il modo per cui, secondo i principj di diritto, si può trasmettere la proprietà, io sono convinto che tutte le disposizioni pel caso di morte sono invalide. La trasmissione incomincia coll' abbandono della proprietà, cioè colla dichiarazione del proprietario di volere rinunciare al suo diritto in favore di un altro (§ 94). Ma cotesta dichiarazione non si può applicare agli atti di ultima volontà di qualunque specie essi sieno (§ 140). Imperocchè il testatore dichiarerebbe in sostanza di rinunziare al suo diritto in quel momento di tempo nel quale sarebbe d' altronde per estinguersi in questo mondo la sfera de' suoi diritti. Questa

dichiarazione poi, o non è seria (§ 97), come dovrebbe essere, o manca della possibilità legale di conseguire il suo scopo (§ 104) (1). Segue da ciò che per il solo diritto naturale (nello stato di natura) i beni di un defunto, non ostante qualunque ultima sua disposizione di volontà, sarebbero esposti all'occupazione (§ 64), in quanto sopra di essi non competa per avventura ad alcune determinate persone qualche anteriore diritto (2) derivante dai modi legali di acquistare (tra vivi) (3).

---

(1) Schaumann, *Diritto naturale scientifico*, § 321, nota 2. Schmalz, *Analisi dei diritti dell'uomo e del cittadino*, cap. 2. Heydenreich, *Sistema del diritto natur.*, tom. II, prefaz. Klein, *Principj del diritto naturale*, § 296 e seg. not. *A*.

(2) Tali sono, p. e., i diritti suscettibili di dimostrazione provenienti da contratti validi, o da lesioni di diritto riferibili ai beni del defunto. Di questo genere sarebbe anche la donazione, in cui il donante si fosse riservato l'usufrutto vita sua naturale durante (salva la sostanza della cosa). Se però egli si fosse anche riservato il diritto di disporre a piacere della sostanza (come pare che sia ammesso da Mellin per la sicurezza dei patti successorj, nella sua introduzione alla metafisica dei diritti, § 887), allora una tale donazione sarebbe a mio parere giuridicamente assurda. Schlettwein (*Diritti dell'uomo*, § 141 a 258) combatte la validità dei testamenti secondo il diritto di natura; ed ammette però una successione naturale delle famiglie dedotta dalla comproprietà.

(3) Secondo il diritto pubblico è fuori di ogni dubbio che nello Stato, onde impedire le fatali discordie alle quali darebbe luogo il diritto d'appropriazione delle eredità giacenti, non che per animare

PARTE SECONDA.

DIRITTO PRIVATO DI SOCIETA'.

Capitolo Primo.

Del diritto di società in genere.

§ 143.

Il diritto di esigere dagli altri uomini una prestazione, sebbene momentanea, però a seconda de' nostri fini, non può essere di propria autorità acquistato (§§ 56 e 93). Tanto più rendesi necessaria la loro adesione se noi vogliamo conseguire il diritto che essi insieme a noi debbano con forze riunite promuovere uno scopo comune e permanente (§ 40). Il rapporto fra più persone alle quali compete il diritto reciproco di esigere chi si promova un qualche fine durevole e comune, chia-

---

il commercio e l' industria, possono e debbono riconoscersi per modo legittimo d' acquisto le disposizioni pel caso di morte, sieno elleno espresse, o per motivi verisimili presunte. L' accennato diritto insegna in pari tempo a quali regole, nel caso che le leggi fondamentali sieno dubbie, debbano conformarsi le successioni. Confr. Martini, *Fondamenti della scienza del diritto generale di Stato*, § 426 e seg.

masi *società* (1). Quindi ogni società giuridicamente considerata si fonda prossimamente sopra un contratto (sociale o di unione). Con tale contratto si congiungono o singole persone, o società intere; e perciò le società sono o semplici o composte. Che se nell' ordinamento ossia costituzione della società viene lasciata ad uno o ad alcuni de' suoi membri la determinazione de' mezzi giuridicamente efficaci a conseguire il fine della società, il che parimenti suppone un contratto (§ 150), allora essa chiamasi *ineguale*; ma se cotesta determinazione viene lasciata alla immediata decisione di tutti, essa in allora è una società eguale (2). Dalla sola idea delle società presa generalmente, e delle sue specie principali, delle quali ora si è fatta menzione, si possono dedurre i di-

---

(1) Se alcuni uomini si riuniscono per uno scopo, ovvero operano per fini comuni, il conseguimento dei quali sia lasciato alla loro volontà, o pure (senza condizione legale) alla loro coscienza, allora tali società chiamansi bensì con questo nome nel lato senso, ma non come viene qui impiegata la parola, nel senso stretto e legale. Esse quindi non appartengono alla giurisprudenza più che vi appartengano le cause che danno luogo alle medesime, e l'intenzione di eseguire il dovere morale di costituirsi in società. V. Gutjahr, *Piano del diritto naturale*, § 108.

(2) Wolf. (*J. n.* P. VII, § 28) chiama una società eguale quella in cui tutti i membri di essa hanno eguali diritti; ed ineguale quella in cui i diritti sono diversi. Quindi, secondo la sua opinione, ogni preferenza di un membro rende la società ineguale.

ritti e gli obblighi. Il complesso di questi costituisce il diritto generale di società, e quelli che derivano direttamente dalla idea e dal fine determinato delle società particolari, costituiscono il diritto speciale di società (1).

§ 144.

Siccome la società si forma per mezzo di un contratto, così si possono applicare alla medesima i principj superiormente esposti per i contratti in genere. Anche la società suppone un valido consenso, il quale può essere espresso o tacito (§ 96), spontaneo, o (giustamente) estorto (§ 106) (2). Qui pure la prestazione, cioè il conseguimento del fine, deve essere fisicamente e moralmente possibile (§ 102 e seg.) Che se ci fossimo costituiti in una società, la quale da principio avesse avuta un' apparente giustizia, cesserebbe ogni diritto ed ogni dovere, tosto che subentrasse la persuasione della ingiustizia o dell' immoralità assoluta dello scopo.

§ 145.

Come in tutti i contratti in generale (§ 112), anche in quello di società ci obblighiamo a tutte

---

(1) Il diritto di società è dunque evidentemente una parte della giurisprudenza naturale ipotetica, il quale, come risulta da quanto fin qui si disse, si confonde nella teoria legale della proprietà, dei contratti e delle società.

(2) Il tacito consenso dev' essere desunto dalle circostanze e da azioni non equivoche (§ 96).

e alle sole cose che abbiamo espressamente o tacitamente promesse. Le determinazioni espresse risultano dalle chiare parole del contratto; le tacite vengono dedotte dalle regole dell' interpretazione, e principalmente dallo scopo della società. Chi si obbliga concorrere al conseguimento del medesimo, acconsente pure con ciò all' uso di tutti i mezzi senza dei quali è impossibile il conseguire questo scopo (§ 116. *b.*), purchè tale assenso non sia limitato ad alcuni mezzi, o alcuni non ne escluda (1).

§ 146.

I diritti ed i doveri sociali devono dunque dedursi dallo scopo della società esattamente determinato nel relativo contratto (§ 143). Lo scopo è il maggior vantaggio generale, e così pure i progressi di questo formano la prosperità dei socj. Quindi ogni membro della società ha diritto di esigere dagli altri membri che essi, conformemente alle assunte obbligazioni, promuovano il maggior vantaggio generale, ed ogni membro ha il dovere verso gli altri di cooperare ad ottenerlo. Chi si arroga verso gli altri membri della società maggiori diritti di quelli che gli furono accordati, agisce

(1) Chi, p. e., dichiara di mettere in una società di commercio soltanto una determinata somma, non può essere costretto a mettervene una maggiore, per quanto ne fosse urgente la necessità per conseguire lo scopo.

ingiustamente, come pur quello che non adempie ai suoi doveri verso la società (§ 111).

§ 147.

Per mezzo del contratto di società si estende la libertà di ciascun membro (§ 40) nel senso che egli può costringere gli altri e promuovere lo scopo comune, e più facilmente conseguirlo con le loro forze unite. L'uso arbitrario delle nostre forze viene limitato solo in quanto si può essere legalmente costretti a cooperare allo scopo e a togliere di mezzo gl' impedimenti che vi si opponessero (§ 111). Quindi la libertà sociale non può, senza cadere in contraddizione con sè medesimi, essere tant'oltre estesa, che sia permesso di distruggere o pregiudicare lo scopo generale. Ella non può consistere che nel non soffrire verun' altra limitazione che quella a cui si potè e si volle obbligarsi mediante il contratto sociale. Non v'ha dubbio che ogni membro non abbia il diritto di promuovere il suo privato vantaggio, in quanto ciò possa aver luogo senza lesione degli obblighi sociali (1).

§ 148.

Benchè fin dall'origine di una società vengano determinati alcuni mezzi o come assolutamente ne-

(1) L'osservazione che il privato bene, quand'è in opposizione col pubblico, non è un bene reale, ma soltanto apparente, è vera, se non in tutti, almeno nella maggior parte dei casi. Essa però non appartiene alla giurisprudenza, ma alla politica.

cessarj, per dirigerla, e per se stessi evidenti, o con espressa convenzione (§ 145); nondimeno molti affari sociali, cioè molti mezzi di conseguire lo scopo, e principalmente quelli che dipendono da circostanze accidentali e variabili, devono essere fissati soltanto nel tratto successivo. Lo stabilire questi interessi sociali appartiene a tutti i membri in forza dell'indipendenza naturale (§ 42), in quanto all'uno o all'altro di essi, per contratto, o per legge (come ai genitori sopra i figli), non sia stata accordata un' autorità superiore. In tal caso la società è eguale (§ 143). In questa società dunque, affinchè si abbia una norma legale sugli interessi sociali non ancora stabiliti, le corrispondenti determinazioni vengono fissate ne' congressi de' membri, ciascheduno de' quali ha il diritto di emettere la sua opinione, cioè di dare il suo voto. In questi congressi nè con voti divisi in parti eguali (pari), nè con la loro pluralità si decide legalmente ciò che sia tenuto di fare ognuno de' membri per lo scopo della società (1). In

(1) Si oppone *a* che la società, come persona morale, ha una sola volontà, la quale viene stabilita dalla pluralità de' voti, altrimenti *b* non si perverrebbe giammai allo scopo; anzi converrebbe che la parte maggiore soffrisse di buon animo l'opposizione della minore (Grot. *De jure belli et pacis*. II. 5. § 17. Schlettwein, *Diritti dell'uomo*, § 213). Io rispondo: La società ha *a* una sola volontà riguardo allo scopo ed ai mezzi per conseguirlo, già espressamente o tacitamente stabiliti; ma non riguardo ai mezzi rimasti

caso diverso la maggior parte della società si arrogherebbe una superiorità sulla minore, la quale troverebbesi costretta ad uniformarsi alle decisioni della pluralità, il che è in aperta contraddizione coll'idea di una società eguale, nella quale nessuno si assoggetta all'arbitrio di un terzo, e quindi non ha l'obbligo di obbedire ad altra legge che a quella in cui fin dal principio o in seguito ha egli convenuto.

§ 149.

La difficoltà delle deliberazioni, e quella anco maggiore di ottenere l'unanimità de' voti, esigono che nelle numerose società eguali si stabiliscano chiaramente fino dal primo principio le regole sopra i casi che si possono prevedere, e che si lasci

---

indeterminati. Qui richiedesi piuttosto l'accordo di tutte le volontà parziali per poter dire che siavi unità di voleri. E come si potrà sostenere che la pluralità de' voti abbia per se la preponderanza delle cause moventi che li determinano? Puossi forse ritenere che il maggior numero de' voti sia sempre anche quello de' più saggi? *b* La prudenza richiede certamente che in una più grande società si faccia valere la pluralità de' voti, ma questa massima non è nè un' obbligazione legale, nè un sufficiente motivo di presumere che siasi voluto rinunziare alla propria indipendenza (§ 96). La sola conseguenza che da ciò generalmente deriva si è che le più grandi società, a motivo della maniera così diversa di pensare dei consorti, non possono sussistere senza un capo. La minor parte però *c* non desidera obbedienza, e si appella soltanto alla libertà riservatasi, in forza di cui nulla di nuovo può decidersi a suo riguardo oltre quello in cui essa ha convenuto.

meno ch' è possibile a decidersi per l' avvenire. Le determinazioni che i membri hanno unanimamente preso all' atto dell' istituzione della società, o in seguito, obbligano come leggi di contratto (§ 18) tutt' i singoli membri, e quelli eziandio che vennero successivamente ammessi nella società, come altrettante condizioni, sotto le quali, presupposto ch' essi le sapessero, o saper le potessero, fu loro accordata l' ammissione che dai medesimi fu almeno tacitamente accettata. Tutt' i membri hanno anche il diritto di costringere all' adempimento di queste condizioni ed all' osservanza delle leggi e determinazioni prese (§ 148). Quindi anche tali leggi possono essere mutate, o tolte soltanto di comune consenso. Del resto anche in una società eguale, salva la natura di essa, si può, senza violare la indipendenza, affidare ad alcuni membri, a preferenza degli altri, la sola esecuzione delle leggi o regolamenti.

§ 150.

Una società dicesi ineguale allorchè i membri di essa sono soggetti ad un capo supremo, che sia autorizzato a stabilire i mezzi per conseguire lo scopo. La supremazia è fondata o sopra un contratto (di sommessione), o sopra una legge (1), in forza de' quali una persona acquista il diritto di dirigere gli altri ad uno scopo perma-

(1) Di questa specie è l' autorità dei genitori sopra i loro figli, il che verrà in appresso dimostrato.

nente. Questa supremazia può appartenere ad una persona fisica o morale (p. e. ad una deputazione), o alla maggior parte della società, cosicchè giusta l' adottata costituzione della società uno, molti, o la maggioranza de' voti abbia a decidere (§ 148). La supremazia viene sempre concessa sotto la naturale restrizione che debba avere per oggetto azioni soltanto possibili (§ 144), e tali che si riferiscano allo scopo della società, e per le quali soltanto venne concessa. Che se la supremazia in parte sia limitata ed in parte illimitata, allora si prendono per fondamento della separazione le condizioni del contratto di società relative alle determinazioni arbitrarie. Ella dicesi poi illimitata quando ignora i limiti che non derivano dalla legge giuridica in generale, o dallo scopo della società. Ma se esistono in oltre altre condizioni arbitrarie, alle quali vada congiunto il suo esercizio, allora questa supremazia chiamasi limitata.

§ 151.

L' idea di una società formata per uno scopo non contiene veruna sommessione; ed un essere che abbia l' uso della ragione, non è originariamente soggetto all' autorità di un altro (§ 42). Quindi milita sempre la presunzione legale per l' eguaglianza di una società, finchè non si giunga a dimostrare con un fatto la sommessione (§ 50). Ma diversi motivi ragionevoli, come sarebbero la difficoltà delle deliberazioni e del consenso di tutti

i membri, la maggiore perspicacia, l'attività e la vigilanza di alcuni fra loro, non che l'incapacità di dirigere se stesso e simili, possono certamente imporre il dovere di sottomettersi ad una autorità superiore.

§ 152.

Nella società ineguale il capo ha la (sociale) supremazia, cioè il diritto di determinare i mezzi per conseguire con effetto lo scopo della società (§ 143); ed in ispecie poi, avuto riguardo alla forma del suo esercizio, ha il diritto di dar comandi intorno agli anzidetti mezzi ai soci soggetti, cioè di far regolamenti, di cambiarli e limitarli come lo richiedano le circostanze, di obbligare all'obbedienza (§ 146), cioè ad eseguire i regolamenti; di esercitare sotto amendue questi riguardi la necessaria vigilanza, e dirigere le decisioni, non che di esigere il maggior rispetto (tacitamente) promesso (§ 54). Siccome però il capo nell'esercizio della sua autorità deve attenersi alle limitazioni volontarie, o almeno sempre a quelle naturali di diritto, così ai membri, non ostante la loro sommessione, appartiene la libertà sociale (§ 147), in forza della quale essi non debbono essere considerati come semplici mezzi, ma sempre anche come scopo (1).

(1) Nel parlare della società ineguale si possono, come sovente accade, stabilire molti altri principj di diritto. Io dubito soltanto se allora si starebbe nei

§ 153.

L' idea di una società contiene, come conseguenze giuridicamente necessarie, l' unità dello scopo, l' unità dei voleri, l' unità delle forze. Quindi la società viene considerata come un essere ragionevole, come una persona *morale* opposta alle persone fisiche (§ 2). Rapporto alle persone estranee (sieno queste fisiche o morali), colle quali non formò alcuna unione sociale, nè stabilì alcuna estensione o limitazione di diritti sulla medesima fondati, trovasi in uno stato *estrasociale*. In quanto a siffatte persone, essa ha i suoi diritti ed obblighi originarj, e può anche con atti legali acquistare nuovi diritti (di proprietà, di contratto). Il complesso di tutti questi diritti in opposizione al rapporto interno legale esistente fra i membri (§§ 145-153), chiamasi diritto *esterno* di società, il quale però (riguardo al suo oggetto) costituisce propriamente una parte del diritto privato *estrasociale* (§ 13).

§ 154.

I modi coi quali le società si estinguono totalmente, o riguardo soltanto ad alcuni membri, derivano da quanto superiormente fu detto sulla estinzione dei diritti procedenti da contratti (§ 119). Tali sono, *a* il comune consenso; *b* lo scopo perfettamente conseguito; *c* la fisica o morale impos-

---

limiti dell' idea generale, o se non si entrerebbe piuttosto nel diritto particolare di società.

sibilità di ottenerlo ; *d* la verificazione delle condizioni stabilite per lo scioglimento; *e* la scadenza del tempo , trattandosi di società temporaria (1); *f* la morte e la separazione dei membri.

Capitolo Secondo.

Del diritto particolare di società.

§ 155.

Due sole fra le diverse società possibili appartengono al diritto naturale, cioè la famiglia e lo Stato (§ 13). L' ultima , forma materia del diritto pubblico. La società di famiglia ha origine dal matrimonio e dal rapporto legale fra i genitori ed i figli. Dalla applicazione che si fa dei principj del diritto generale di società alla famiglia , onde sviluppare i diritti ed i doveri in essa esistenti , nasce il diritto privato di società *in ispecie*, ossia il diritto di famiglia. Quindi nel trattare di questo diritto i doveri soltanto etici debbono lasciarsi alla morale , e prendersi in considerazione solo in quanto non può aver luogo un diritto di costringer altri a ciò ch' è in opposizione aperta con un dovere morale (§ 105).

(1) Se una società sia temporaria o perpetua deve giudicarsi dal consenso espresso o tacito , principalmente però dallo scopo. Non può sostenersi che uno possa di propria autorità sortire da una società , quando non siavi preventivamente una particolare riserva (§ 111).

§ 156.

All' oggetto di apprendere le regole di diritto validamente applicabili alle società particolari, conviene conoscere con certezza lo scopo il quale distingue principalmente le società l'una dall'altra. Quanto però sia difficile per alcune di esse questa intrapresa, ce lo provano le contestazioni tuttora esistenti sullo scopo e sulla idea del matrimonio. Si conviene *a* che il matrimonio debba essere riguardato come una unione fra due persone di diverso sesso, per uno scopo comune e permanente; ma rapporto alla determinazione di questo scopo si hanno diversissime opinioni. Se nella definizione del matrimonio si lascia che lo scopo sia totalmente indeterminato *b*, e soggetto a convenzione arbitraria, allora egli cessa di formare oggetto di esame filosofico (§ 18); che se gli si attribuisce uno scopo così generale *c*, che si combini con quello di altre società, o che in esso una delle parti contraenti possa averne di mira uno diverso da quello dell' altra, allora cessa di essere lo scopo di una particolare società, ed anche l'oggetto di una riunione di volontà, di un contratto (§ 97). *d* Ma i semplici pensieri e le inclinazioni, non ammettendo coazione, non possono neppure fondare dei diritti, nè quindi costituire lo scopo e l'essenza di una società legale. Contro queste osservazioni sono quegli scrittori *e* che stabiliscono per iscopo del matrimonio la soddisfazione dello stimolo sensuale. Siccome però questa

può esigersi legalmente solo in quanto abbia luogo entro i limiti morali, e quindi in modo consentaneo alla natura, cioè tale che punto non venga impedita la procreazione della prole (§ 104) (1);

(1) Se, come si volle sostenere, *a* l'accoppiamento frequente fosse l'oggetto della unione di due persone; questa non meriterebbe il nome rispettabile di matrimonio, e nemmeno, come osserva giustamente un moderno scrittore, di occupare un posto in un trattato di morale o di diritto di natura. *b* Secondo Hufeland (*Sistema della natura*, § 354 e 357) lo scopo si riferisce alla differenza del sesso; del rimanente, purchè soltanto esso sia fisicamente o moralmente possibile, potrebbe essere molto diverso. *c* I fini indeterminati, e che anche si possano immaginare fra persone di sesso eguale, o tali che si neghi loro generalmente la capacità allo stato del matrimonio sono: la comune perfezione (Tafinger, *Sistema del diritto naturale*, § 46), o il comune soccorso, da molti moralisti e giureconsulti, almeno sussidiariamente, ammesso (*comune vitae adjutorium, seu individua vitae consociatio*). V. Engelhard, *Saggi sulla vera idea del matrimonio*. Cassel 1776. Cap. 1. *d* Fichte (*Principj del diritto nat.* Part. II, p. 202) deduce dal principio che un illimitato amore per parte della donna, ed una illimitata generosità per parte dell'uomo costituiscono l'essenza del matrimonio, e Krausio (*Principj del diritto di natura*, pag. 1) soprattutto dal principio dell'amore deduce le più utili conseguenze per la morale e la legislazione. Ma non si possono però determinare su di ciò i reciproci mezzi coattivi competenti ai conjugi. *e* Lo scopo di soddisfare lo stimolo sensuale, quello del congiungimento esclusivo, e quello del possesso reciproco della proprietà del sesso sono ammessi da Jacob, *Giurisprud. fiosofica*, § 593 e seg.; da Heidenreich, *Sistema del diritto natur.* P. II, pag. 167; da Schmalz, *Analisi del diritto dell' uomo, del cittadino e delle nazioni*, V. I, Cap. I. IV; da Kant, *Giurisprud.*, pag. 107.

perciò sembrami che la definizione del matrimonio, colla quale esso ritiensi per una unione fra persone di diverso sesso per la procreazione dei figli, meriti sempre su tutte le altre la preferenza.

§ 157.

Affinchè lo scopo del matrimonio or ora esposto sia perfetto, e promosso non venga alla maniera dei bruti, richiedesi la più intima unione (l'amore), il consorzio più confidenziale ed una comunione affatto indivisa tra conjugi (1). Per tal modo esso diventa uno scopo ragionevole, in cui mentre un conjuge si dà all'altro, conserva non ostante la dignità di un ente dotato di ragione (ch'è scopo a sè stesso (§ 2)), e la sua persona. Per lo contrario ogni altro scopo che consista soltanto nel soddisfacimento della sensualità (propria od altrui) avvilisce l'uomo contro l'ordine della natura, e la chiara voce suprema della ragione, per modo di renderla semplice strumento di una sensuale voluttà, e quindi egli non può essere oggetto di una facoltà coattiva, e

(1) Gli animi giovanili ancor puri prima della loro unione si attengono a questi scopi più prossimi che conducono all'ultimo, senza forse esser consci chiaramente, nell'innocenza del loro cuore, di quest'ultimo scopo della natura. In tutte le anime nobili essi sono come condizioni essenziali talmente collegate collo scopo principale, che si uniscono al medesimo, e così se ne forma un solo. Confr. Schaumann, *L'uomo e la donna, o conseguenze del matrimonio.*

per conseguenza neppure di un contratto obbligatorio (§ 104) e meno di una unione sociale (1).

§ 158.

Il matrimonio ha uopo per la sua esistenza, di un contratto (di nozze), e questo affinchè sia efficace esige, come ogni altra società (§ 143), un valido consenso e la possibilità di conseguire lo scopo (§ 144). Non è dunque valido il matrimonio, se, facendosi anche astrazione da ogni difetto nella dichiarazione della volontà (§§ 96-98), *a* manca alle persone (come agli impuberi, ai dementi, agli assolutamente ubbriachi) la fisica, o *b* legale facoltà di acconsentire (§ 94); *c* se vi fu un errore essenziale, o un inganno sull' oggetto (come riguardo alla persona, o ai requisiti essenzialmente necessarj al matrimonio (§§ 99-102) (2)),

---

(1) La obbiezione che ben di rado le persone le quali contraggono matrimonio abbiano per iscopo la propagazione; che piuttosto abbiano di mira dei fini totalmente diversi, non è meglio diretta contro questo scopo che contro qualunque altro scopo ragionevole, di cui però qui unicamente può trattarsi. La sorte dei matrimonj sterili, nei quali non si può ottenere lo scopo, è comune a molte altre società infruttuose. Basta che il conseguimento dello scopo che si propongono i conjugi sia possibile secondo le leggi della natura. Ma se mancando perfino questa possibilità, l' unione, benchè la legge positiva le accordi i diritti del matrimonio, possa ritenersi tale, in proprio senso filosofico, ella è un' altra questione.

(2) Le questioni sovente assai dubbie sul punto se un errore di certa specie sia un errore essenziale o soltanto accidentale nell' oggetto, oppure unica-

oppure una violenza ingiusta (§ 107) (1); *d* se il consentimento dello scopo fosse assolutamente impossibile per le parti contraenti (2), o fosse apertamente contrario ad un dovere morale (3). Del resto il matrimonio, come ogni altro contratto e come ogni società, rimane conchiuso tosto che v' è un valido consenso (senza bisogno di attendere il concubito).

§ 159.

I diritti e gli obblighi dei membri di una società derivano dallo scopo e dalle determinazioni validamente aggiunte al contratto (§ 145). Quindi

---

mente nelle circostanze, si debbono sciogliere dalle leggi positive mediante una esatta analisi dei casi.

(1) Si comprende da sè, che un matrimonio, dapprima invalido per errore o violenza, può divenire legale e sussistente per un consenso libero posteriore (espresso o tacito).

(2) Per esempio, a motivo di una insanabile impotenza alla copula anteriormente al contratto di matrimonio, sia essa assoluta o relativa.

(3) Come, p. e., quando la promessa è in opposizione col diritto esclusivo di un terzo. In quale estensione il matrimonio sia proibito dalla ragione morale fra prossimi parenti per conservare la decenza domestica e la purità de' costumi, è un esame che spetta alla morale. Il teologo insegna ciò che su questo proposito ordina la legge divina rivelata. I motivi pei quali simili matrimonj vengono proibiti anche dalle leggi civili, si apprendono dal diritto di Stato e dalla filosofia della legge positiva. Confr. Montesquieu, *Esprit des lois*, XXI. Jacob, *Giurisprud. filos.*, § 55. E Fichte, *Principj fondamentali del diritto di natura*, pag. 185 e seg.

anche riguardo al matrimonio è un requisito giuridico della ragione che il conjuge debba far tutto quello ch' è necessario per il conseguimento dello scopo del matrimonio, e di tralasciare tutto ciò che lo rende impossibile, o manifestamente difficile. Una più chiara spiegazione su questo oggetto si può avere soltanto da generali e particolari esperienze e da osservazioni psicologiche. In conseguenza di ciò, affinchè lo scopo coi mezzi più prossimi superiormente esposti (§ 157) si possa conseguire, richiedesi principalmente *a* la convivenza de' conjugi, per il che, quello che si fosse evaso può essere obbligato a ritornare; *b* la limitazione dell' unione conjugale ad una sola persona da amendue le parti (monogamia), colla esclusione della pluralità di uomini, di donne, e della comunanza di queste, e simili; *c* la rigorosa osservanza della fedeltà conjugale, che viene principalmente violata mediante l' unione con altra persona (coll' adulterio) (1). Anche i diritti ed i doveri giuridici de' conjugi devono risguardarsi

(1) Confr. Feder., *Principj*, pag. 144 e seg. Schmid, *Saggi di filosof. mor.* § 188 e seg. Schmalz al l. c. Hofbauer, *Diritto di natura*, § 406. Anche qui si mostra certamente l' influenza benefica della religione rivelata e della legislazione civile sulla moralità e prosperità dell' uomo, mentre esse convertono in espressi doveri de' conjugi li sopra accennati principj, e con ciò dimostrano evidentemente che le persone vogliono reciprocamente promettersi di unirsi in matrimonio soltanto sotto queste condizioni.

come interamente personali (§ 116), poichè sono fondati sopra inclinazioni e proprietà personali.

§ 160.

I conjugi hanno comune l' economia domestica (§ antec. *a*) che viene poi ad essere più estesa per il rapporto legale con la loro prole, e li domestici dei quali si parlerà in appresso. Prima della unione conjugale essi avevano i loro beni separati; nel matrimonio congiuntamente ne acquistano; ma durante il medesimo, hanno anche moltiplici spese da sostenere. In forza del contratto principale (§ 158) eglino si procurano soltanto reciproci diritti sulle loro persone, non già sui loro beni di fortuna. A ciò che, senza una comune occupazione od un contratto, essi acquistano congiuntamente durante il matrimonio, hanno egualmente un proporzionato diritto (§ 85). E così pure la spesa del mantenimento della casa cui partecipano amendue i conjugi, dev' essere sostenuta in comunione (§ 83). Gli altri beni de' conjugi che siansi da loro acquistati avanti, o durante il matrimonio, costituiscono una proprietà separata di ciascuno di essi (1). Ma su tale articolo possono esistere

(1) Kant (*Giurisprud.*, pag. 109) ritiene comuni i beni di fortuna dei conjugi, e ciò sembra essere la conseguenza della necessità asserita al § 157 di un interesse indiviso fra i medesimi. Ma questa necessità è però sempre soltanto ipotetica, cioè se altrimenti non si possa conseguire perfettamente lo scopo del matrimonio. Si può quindi ammettere in

altre disposizioni portate da espressi o taciti contratti accessorj (§ 120, patti nuziali), o dalle leggi civili, per viste politiche.

§ 161.

La esperienza e le osservazioni debbono istruirci sulla direzione dell' economia domestica (§ 152). Per diversi rami di amministrazione della casa conjugale sono altresì necessarie differenti cognizioni e doti, alcune delle quali d' ordinario un sesso ha di preferenza sull' altro. Secondo questa direzione della natura, i conjugi devono fra loro dividere le occupazioni domestiche, e deliberare fra di essi nei casi dubbj (§ 148). Intanto però per la superiorità naturale dell' uomo, accresciuta eziandio dalla ordinaria educazione, lo scopo comune, che amendue sogliono e debbono con tutte le loro forze promovere, impone l' obbligo alla moglie, in caso che siavi contrarietà di opinione non compatibile coll'unità del piano, di accordare la preferenza alle decisioni del marito, e di riconoscerlo come capo della famiglia (1).

---

questa società, come in qualunque altra (§ 147) un interesse privato, in quanto esso non sia opposto allo scopo, o sia evidente il caso di mala fede (§ 119. 5). Molto meno può sostenersi con Fichte (*Principj del diritto naturale*, part. II, pag. 189), che la donna abbandoni all' uomo colla persona anche i beni di fortuna.

(1) V. Grot. *De jur. bel. et pac.* II, pag. 5, § 8. Puffend., *De jur. nat. et gent.* VI. 1. § 11. Vatel, *Ricerche*, pag. 253. Kant, *Giurisprud.*, p. 110. Tief-

§ 162.

Il contratto di un matrimonio temporaneo (§ 154 c) non sarebbe realmente che una promessa reciproca di ripetere più volte il concubito, il quale contratto non può ritenersi tacitamente conchiuso (§ 117) (1), e se si facesse in modo espresso, non sarebbe mai obbligatorio (§ 155). Una società

---

trunck, *Ricer. filosof.* I, pag. 369 e seg. Fichte, *Principj del dirit. nat.*, pag. 215. La maggior parte però degli scrittori di diritto naturale non ammettono alcuna superiorità nel matrimonio. Confrontisi Schott, *Giornale settimanale di Giurisprudenza*, tom. I, pag. 757 e seguenti. Wolfio dice: *Naturaliter maritus imperium in uxorem invitam sibi arrogare nequit; si vero uxor arroganti non contradicit, longa patientia tandem in jus transit. Jus nat.* Par. VII, § 497. Le opinioni sulla superiorità dell'uomo non sarebbero probabilmente così divise, se ce ne fossimo formata una idea pari a quella che ne dà il perspicace autore del contratto sul matrimonio (Francfort e Lipsia 1778) nel passo seguente: « La superiorità di un uomo sopra la di » lui moglie è talmente diversa da ogni altra, che « tutta l'idea svantaggiosa della cosa è riposta nel « solo nome. L'uomo che opprime il più debole è « meritevole del comune disprezzo. Quando la sua « tirannia abbia indotta la donna a ribellarsi, ognuno « deve desiderare di accorrere in soccorso di questa. « La superiorità dell'uomo sulla donna non dev'essere « dunque come quella del padrone sulle persone della « sua casa, ma, secondo l'espressione di un savio « dell'antichità, come quella dell'anima sopra il « corpo; o per meglio dire, giacchè spesso l'a- « nimo deve obbedire al corpo, come due liuti i « quali accordati sullo stesso tuono, mentre l'uno « si batte, l'altro pare suona di concerto ».

(1) V. Ugo. *Dottrina del diritto naturale*, § 190.

conjugale e che sia valida in forza del suo scopo, e di quello più prossimo ad esso intimamente collegato (§ 157), dev' essere fissato per tutta la vita. Quindi se per casi fortuiti (§ 154 *c*), durante il matrimonio, lo scopo divenisse impossibile a conseguirsi, non se ne potrebbe perciò esigere lo scioglimento. Oltre che simili accidenti spesso si possono togliere, ed oltre che in dubbio non si può presumere che la parte colpita da infortunio, purchè però si possano conseguire i fini prossimi del matrimonio, abbia in origine consentito tacitamente allo scioglimento; l'unione formata sotto tali condizioni indipendenti dalla volontà ed espresse, sarebbe temporanea, e quindi non costituirebbe mai un matrimonio sussistente per diritto. Ma con un successivo reciproco accordo (§ 154 *a*), col quale anche i diritti delle persone che partecipano al matrimonio (come i figli) fossero assicurati (§ 104), esso potrebbe essere disciolto secondo la filosofica dottrina di diritto, anzi si potrebbe anche da una sola parte insistere per lo scioglimento, se l' altra trasgredisse le condizioni che secondo l' idea del matrimonio sono da considerarsi come essenziali (§ 159), con un malizioso abbandono, con trattamenti crudeli, con adulterio, o con una viziosa condotta (§ 154 *e*) (1).

(1) Io non posso qui dispensarmi dal fare un' osservazione. L' avveduto scrittore Gerhard diceva giu-

§ 163.

Il contratto con cui due persone si promettono di contrarre un futuro matrimonio, si distingue col nome di sponsali. Le condizioni per la loro efficacia si manifestano naturalmente dalla loro nozione. Per effetto degli sponsali si ha diritto di pretendere che non sia fatta cosa alcuna, la quale possa impedire o rendere difficile il matrimonio; e che questo in seguito venga realmente effettuato. Ma in quel modo istesso che negli altri contratti od affari privati non si richiede che debba precedere indispensabilmente una promessa di futuro contratto, questa non è neppure necessaria per il matrimonio. Che anzi gli sponsali sono causa piuttosto di dubbiose controversie, come quelli che sono di ostacolo alla libera ed immediata dichiarazione della volontà, cotanto necessaria principalmente nel matrimonio, a motivo dello scopo al medesimo particolare (§§ 156 e 157).

---

stamente a' suoi tempi: *Societas, quam matrimonium vocant, difficillimae est tractationis, quod maxime diversa moralitatis principia ex justi, decori, utilis, honesti ac pii praescriptis, nec non ex natura negotii deducenda strenue fuerint confusa* (*Delin. jur. nat.*, § 5 e seg.). Ma diversi scrittori moderni non caddero essi in un altro estremo allorchè nei loro trattati destinati ad uso di scolari stabilirono pel matrimonio principj tali, che, per quanto a me sembra, potevano essere di scandalo per gli animi giovanili, e di nessun vantaggio nella loro applicazione per le nazioni incivilite? V. Krug, p. 465.

§ 164.

Dalla procreazione dei figli durante il matrimonio nasce un nuovo rapporto di diritto (§ 155). I figli (generati) hanno il diritto originario di esistere come esseri dotati di sensi e di ragione (come persone), che sono destinati alla coltura ed alla perfezione, alla moralità ed alla felicità (§ 41). Essendo essi impotenti, nella loro età immatura, di esercitare da se medesimi i loro diritti; tutti gli uomini hanno un diritto (indeterminato, § 73) comune di prendere la difesa di chi è privo di assistenza (§ 45) in quanto alcune particolari persone non abbiano un più prossimo diritto (determinato) di averne cura, affinchè per l' età immatura non deviino della loro destinazione consentanea alla ragione, cioè di educarli. Coteste persone sono i parenti (i genitori). Essi si considerano, non senza ragione, come la causa dell' esistenza dei figli loro, i quali vennero ai medesimi uniti co' più stretti vincoli dalla chiara voce della natura e della ragione (§ 86). (1). Essi vengono indicati ai figli come a tutti gli altri uomini non solo dalla ragione morale, ma ben anche dalla ragione positiva (dalla legge di diritto), come quelli che diedero ai medesimi la luce coll' atto volontario della procreazione. Quindi se i genitori non si vogliono

(1) V. Fichte, *Principj del diritto naturale*, § 40 e seg. Globig, *Sui motivi e sui limiti della patria podestà*, pag. 18 e seg. Dresda 1789.

meritare la taccia di avere coll' ommissione delle debite cure ridotto un proprio figlio a così misera situazione di essere a lui medesimo ed a' suoi simili di grave peso, debbono impiegare ogni studio per renderlo contento della sua sorte (1). Dallo stretto dovere de' genitori di prestare assistenza ai proprj figli incapaci di provvedere a sè medesimi, ed a cui senza la certezza che altri in vece loro vogliano con pari cura adempirlo, essi non si possono sottrarre, nasce il diritto competente ai genitori (§ 55) d'assumere e provvedere, di preferenza, alla loro educazione.

---

(1) Molti giureconsulti riflettendo che l'educazione consiste in una positiva prestazione di servizio, la ritengono come un dovere etico, il quale però mediante il contratto di matrimonio, ovvero mediante il contratto collo Stato, cui deve stare a cuore la massa della popolazione, può convertirsi in un dovere positivo (Achenwall. *J. n.* § 57. Jacob, *Giurisprud. filosofica*, § 562. Hoffbauer, *Diritto naturale*, § 407. Fichte al l. c. § 46). Ma quegli che per un suo fatto abbandona un ente morale, senza suo consenso, in una posizione senza assistenza, ha, per quello stesso fatto, l'obbligo d' impiegare ogni cura per allontanare da quell'ente qualunque male (§ 48). Se il fondamento dell' obbligazione fosse soltanto il contratto fra conjugi, essa potrebbe essere annullata dal loro mutuo consenso, e cesserebbe poi colla morte di una delle due parti (§ 162). Nè dal matrimonio nè dallo Stato deriva originariamente il diritto de' figli, ma l' uno e l'altro lo assicurano soltanto maggiormente, come mezzi atti a difenderlo, perciocchè i figli non sono in grado di proteggerlo da loro medesimi. V. Schauman, *Diritto naturale scientifico*, Trat. XIV.

§ 165.

L'uomo di età minore per conseguire lo scopo cui è destinato, ha d'uopo di una triplice educazione. Egli dev' essere nutrito, curato e mantenuto sano; deve coltivarsi la sua ragione morale; e lo si deve rendere capace coll'istruzione ad ogni sorta di oggetti utili (educazione fisica, morale e pratica). Nella prima sua infanzia l'uomo può essere diretto soltanto meccanicamente e col mezzo de' sensi ad azioni legittime ed utili, ed allontanato da quelle che si possono ritenere illegittime e dannose. Ma anche, secondo che le sue facoltà si sviluppano, egli dev' essere diretto dall'altrui saviezza e volontà, finchè non abbia il perfetto (regolare) uso dell'intelletto e della ragione. Quindi con l'educazione va intieramente congiunta secondo la legge di diritto un' autorità (podestà patria §§ 150 e 152). Il diritto de' genitori di educare i figli (di età minore) è dunque il vero e prossimo fondamento della patria podestà; non già la occupazione de' figli, acciò essi non crescano nemici de' loro genitori (§ 31), come Hobbes (*De cive*, c. 9, § 3) sostiene nella sua troppo esagerata descrizione dello stato violento di natura; nè la forza preponderante (Gebauer, *Dissert. de patria potestate*, c. 1, § 9); nè la procreazione (1);

(1) Grot., *De jure belli et pac.* II, 5, § 1, ritiene che solo mediatamente, cioè per mezzo del diritto esclusivo dell'educazione, la patria potestà abbia il suo fondamento nella procreazione (§ 164).

nè per ultimo il presunto consenso dei figli (§ 96) (1).

§ 166.

Dal fondamento e dallo scopo dei diritti spettanti ai genitori si deduce qual esser debba la loro durata ed estensione. Essi hanno origine dalla nascita, o piuttosto fino dalla generazione, e durano poi finchè il loro esercizio è necessario per l'educazione (fino all'età maggiore, § 165). Nel tempo dell'impubertà (§ 98) il rapporto di diritto fra i genitori ed i figli deve considerarsi come *estra-sociale* (2); esso comincia soltanto a divenire una vera società quando il figlio, a misura che si accresce l'uso della sua ragione, acquista la capacità di conoscerne il fondamento, e di unire allo scopo de' genitori (di educare) la sua volontà (di essere educato) (§ 144) (3). La

(1) Puffendorf. *De jur. nat. et gent.* VI, 2, § 4. Jacob, *Giurisprud. filosofica*, § 574 e seg.

(2) Heydenreich nel suo sistema del diritto di natura, pag. 165 e seg., per questa ragione riporta il diritto di educazione nel diritto naturale assoluto. Siccome però il diritto principale dei genitori ha il suo fondamento nella generazione, e i diritti non sociali di educazione non possono essere separati da quelli sociali senza cadere in ripetizioni, perciò mi parve più confacente allo scopo il parlarne in questo luogo.

(3) Hoffbauer al l. c. § 413, e Schmalz nel suo *Diritto natur. di Stato*, § 32, non ammettono alcuna società fra i genitori ed i figli, pel motivo che questi ultimi non possono riunirsi per uno scopo co-

società fra i genitori ed i figli è dunque una società ineguale (§ 143) e prescritta dalla legge positiva. Quindi un figlio che per anco abbisogni di educazione può essere costretto anche colla forza a rimanere nella casa paterna.

§ 167.

Dal dovere e dal diritto fondamentale dei genitori derivano i doveri ed i diritti particolari per l'uso di que' mezzi (1), senza dei quali non si potrebbe perfettamente conseguire lo scopo dell'educazione. Appartengono in ispecie a questa classe: 1.° Il dovere di dare un sostentamento ai figli; 2.° di proteggere i loro diritti; 3.° di coltivare la loro ragione morale ed i loro sensi; 4.° di fare istruire il figlio nella propria religione, sinchè egli trovisi in istato di sceglierne una da se medesimo (§ 9); 5.° di obbligarlo ad acquistare quelle cognizioni che verisimilmente possono essere necessarie alla sua futura destinazione; 6.° di amministrare la sostanza ch'è di proprietà dei figli; 7.° di prescriver loro convenienti norme di condotta; 8.° di rintracciare od inseguire i figli smarriti o fuggitivi, e di difendere contro qualunque

---

mune, o almeno spesso non lo vogliono. Ma colla età maggiore si acquista un tal potere, che non è in tutti i contratti assolutamente limitato all'età medesima (§ 98), ed ove manchi la volontà in un contratto di necessità legale, è permesso il chiamare in ajuto la forza (§ 106).

(1) L'esame più analitico degli oggetti qui puramente accennati deve riservarsi alla dottrina dell'educazione.

ingiusta opposizione il diritto esclusivo della loro educazione; 9.° di reprimere con opportuni mezzi di correzione tutte le azioni dei figli contrarie a questi diritti; e 10.° di dichiarare invalide tutte le obbligazioni (contrarie al diritto) de' figli, per le quali i genitori non abbiano prestato nè un espresso, nè un tacito consenso (p. e., coll' aver accordato un libero dominio) (§ 98).

§ 168.

La ragione non accorda ai genitori un' autorità pel conseguimento dei loro fini arbitrarj; ma la concede loro soltanto qual mezzo di trattare i figli come scopo ad essi medesimi, e di educarli pel loro proprio bene. Quindi il potere dei genitori non deve considerarsi come un diritto di proprietà, ma come un' autorità limitata allo scopo dell' educazione, ed alla vera (non apparente) felicità de' figli (§ 164). Per conseguenza essi non hanno diritto di distruggere la salute o la vita dei medesimi, o di esporli (coll' abbandonarli) al pericolo di morte, nè di alienarli, o di esigere una obbedienza illimitata e contraria alle leggi morali. Ai genitori non compete neppure il diritto di costringerli al matrimonio, di dedicarsi irrevocabilmente ad un determinato stato, di forzarli a lavorare unicamente per lucrare essi del loro guadagno, o di appropriarsi quello che i figli hanno legalmente acquistato (1). Essi non possono nemmeno pretendere

(1) Fichte sostiene che tutto quanto vengono ad

il rimborso delle spese di educazione, perchè è sacro dovere de' genitori l' aver cura di un figlio quando non può a se medesimo provvedere per lo stato d' incapacità in cui trovasi, e nel quale essi lo posero colla generazione. Qualunque abuso di autorità è una lesione dei diritti de' figli, checchè ne abbiano detto molti antichi giureconsulti in omaggio de' rozzi loro tempi, ed alcuni eziandio fra i moderni.

§ 169.

Dal principio che l' autorità de' genitori ha il suo fondamento nel dovere e nel diritto della educazione (§ 165), la quale è un dovere della madre, come del padre, molti concludono che spetti ad amendue un' autorità eguale. Quando però si rifletta che lo scopo dell' educazione rende necessaria l' unità del volere, e per conseguenza una volontà determinata (decisiva) in caso di diversità di opinione; e che inoltre nell'applicazione del diritto naturale deve sempre aversi riguardo alle più generali proprietà degl' individui, cui compete il diritto; se si considera che (secondo una saggia disposizione della natura) alcune parti richiedono, è vero, principalmente le proprietà

---

avere i figli, siccome essi nulla possono acquistare senza la volontà dei genitori, così a questi deve appartenere; l. c. § 57. Ma volendosi ciò accordare, ne seguirebbe forse che gli ultimi potessero appropriarsi una donazione fatta precisamente a favore di un figlio minorenne?

della madre inerenti al suo sesso, cioè la sua tenerezza, la sua mansuetudine, la sua pazienza e simili; ma che però in diverse occasioni ella ha bisogno ordinariamente della superiore intelligenza del marito, dell' opera sua e della sua legale protezione, non si potrà a meno di riguardare il marito anche sotto questo rapporto (§ 161) come il capo della società domestica, e di concedergli la principale podestà (patria) (1).

§ 170.

I figli pure hanno il diritto di agire liberamente tosto che ne abbiano la capacità legale (§ 41). Allorchè dunque l'intelletto, la ragione e il libero arbitrio a poco a poco ne' medesimi si sviluppano, si deve loro concedere gradatamente maggior libertà di agire secondo il proprio giudicio (e ciò affinchè vieppiù si accresca la coltura del loro spirito, e si accostumino a comandare a se stessi). L' autorità de' genitori, come il dovere e il diritto della educazione, si estingue pienamente quando i figli trovansi in istato di sostentarsi e di dirigersi da loro stessi. Prima di quest' epoca i genitori non hanno il diritto di scioglierli della loro podestà, e dopo di essa sarebbe cosa ingiusta il continuarne l' esercizio contro la loro volontà. Quindi lo scioglimento dalla podestà non

(1) V. Globig al l. c. pag. 50 e seg. *Dissertations sur l'autorité paternelle*, p. 18. 47. Berlin 1789. Confr. Hufeland, *Sistema del diritto naturale*, § 379.

dipende nè dal semplice volere de' genitori, nè da quello dei figli. In caso di contestazione su quest' oggetto deve bensì prevalere il giudizio più maturo dei genitori interessati al bene dei loro figli; ma conviene pure attendere un giudizio dell' autorità civile che fissa l' età maggiore secondo i rapporti locali; e nei casi che sembrano soggetti ad un' eccezione dalla disposizione della legge, fa mestieri riportarsi all' esame ed alla decisione del giudice.

§ 171.

Ma quando pure i figli non siano pervenuti all' età maggiore, la podestà de' genitori meramente personale, e concessa soltanto a vantaggio di quelli, si può sospendere o totalmente estinguere; il che avviene *a* in caso d' incapacità de' genitori di dirigere bene essi medesimi l' educazione (§ 116 *f*). Allora, ritenuto il loro obbligo inalienabile della scelta e della sopravveglianza, possono affidarla in parte od anche in tutto ad altri *b* In caso di separazione di matrimonio conviene dividere le cure dell' educazione de' figli nel modo il meno pregiudizievole (1). *c* Dopo la morte di uno dei conjugi si devolve il diritto (indivisibile), non che il dovere della stessa specie (§ 178)

(1) La regola più conveniente in generale è che le figlie ed i figli che hanno bisogno delle prime cure siano affidate le prime alla madre, e gli altri al padre.

all' altro conjuge. *d* Ciò vale eziandio allorchè (come il più delle volte succede dei figli nati fuori del matrimonio) è certa soltanto la madre, e non il padre. *e* Che se i figli vengono pienamente abbandonati dai loro genitori, o restano privi de' medesimi, allora nasce il diritto comune a tutti quelli che ne sono capaci, di subentrare in luogo de' genitori, come fungenti le loro veci, e tutori (§ 45). In amendue i casi si possono ripetere le spese dell' educazione dalla sostanza dei genitori, finchè non si possa provare che ad esse, come nell'adozione assoluta, siasi rinunziato (§ 121).

§ 172.

Per la direzione dell' economia domestica comunemente si prendono anche delle persone di servizio contro mercede. La padronanza ha per oggetto l' esecuzione dei servigi; la servitù il ricevimento della mercede: l' una e l' altra per conseguenza hanno uno scopo diverso, e non comune. Esiste quindi fra amendue un semplice contratto (§ 135), non una società (§ 143) (1). Che se i figli e le figlie, terminata l' educazione, riman-

(1) Esiste, è vero, per amendue le parti uno scopo comune rimoto, che è la cura delle cose domestiche; ma anche nella permuta o nella compra e vendita si può immaginare come uno scopo remoto il vantaggio di amendue le parti contraenti, senza che perciò si ammetta fra loro una società, anche quando questi contratti fossero diretti ad una pluralità di prestazioni dello stesso genere.

gono in casa, e si lasciano impiegare in lavori domestici, allora essi hanno diritto (come le persone di servigio) ad una mercede o ad una parte di guadagno proporzionata (§ 86). Il rapporto di diritto fra amendue i genitori ed i figli soltanto, ed anche tra questi e le persone di servizio, chiamasi una casa, una famiglia. I diritti ed i doveri dei singoli membri della famiglia si debbono giudicare secondo quanto si disse sui rapporti fra i conjugi, i genitori ed i figli, e fra i padroni ed i servi.

APPENDICE

Dei mezzi di difendere i diritti nello stato di natura.

§ 173.

A tutti i diritti fin qui menzionati va pure congiunto il diritto di coazione. Tosto che la legge accorda a taluno un diritto, gli dà pure con ciò la facoltà di allontanare, in caso di bisogno, anche colla forza, tutti gl' impedimenti che al di lui esercizio si frappongono (§ 5). Quindi il diritto coattivo non è un diritto esistente per sè medesimo diverso dagli altri diritti, e per conseguenza non si può annoverare esclusivamente nè fra i diritti originarj, nè fra gli acquisiti. Egli è come il diritto che dev' essere esercitato, ora acquisito, ora originario. Ma nella sua reale applicazione presuppone per condizione una lesione di diritto (§ 39) (1). In quel modo

(1) Il diritto di usare de' mezzi coattivi contro una ingiusta opposizione è (come dice Jacob nella *Giurisprudenza filosofica*, § 170) già compreso per se medesimo in ogni diritto, nè può essere un diritto acquisito. L' offesa è soltanto un primo mezzo di cognizione, per mezzo del quale viene determinata in parte la persona, in parte il fondamento della coazione legittima, che deriva necessariamente dai limiti naturali del diritto. Confr. Heidenreich, *Sistema del diritto naturale*, II, pag. 63. Feuerbach, *Critica del diritto naturale*, pag. 263, 296 e seg.

adunque che nel diritto positivo la legge sul giusto modo di procedere nelle cause (ordine di procedura) costituisce comunemente una parte della legislazione civile universale separata dal Codice delle leggi, che determina i diritti de' privati, così io reputo consentaneo all' ordine di trattare qui dopo la dottrina di diritto ed in via di appendice, a compimento di questa opera, del processo giuridico (ideale) fra i privati nello stato di natura, il quale secondo la legge di diritto è vincolato a certe regole, e somministra le prime norme per proteggere la giustizia nello stato pubblico.

§ 174.

I nostri diritti possono essere minacciati o violati (§ 41) da esseri irragionevoli o da esseri ragionevoli. Riguardo ai primi non essendo essi suscettibili di diritti, noi non abbiamo bisogno, ove nell' esercizio di un diritto non si trovino implicati anche de' diritti spettanti ad esseri ragionevoli, di dimostrare il fondamento del diritto di opposizione, nè di avere riguardo ai giusti limiti (1). Ma nei casi di coazione contro esseri morali, nasce il dubbio importante se i medesimi, mentre impieghiamo contro di loro mezzi di coazione, possano

(1) Una bestia senza padrone mi assalisce. La questione se io possa ucciderla sarebbe fuori di proposito. Ma se io so per l' opposto che la bestia ha un padrone, allora la questione, se la resistenza possa estendersi fino al punto di ucciderla, ha certamente un senso ragionevole.

essere trattati i loro diritti, diminuiti, ovvero anche totalmente distrutti (§ 7). Presentasi però tosto la considerazione, che senza la coazione contro l'offensore, e attesa la preponderante sensualità dell'uomo, che spesso impone silenzio alla ragione, non avrebbesi alcuna sicurezza per la proprietà (esclusiva), pei diritti originarj e nemmeno per la vita. Impiegando la forza contro le lesioni del diritto, si pongono limiti soltanto alla sfrenata libertà di agire (alla licenza) dell'offensore, la quale non può sussistere nè conciliarsi colla libertà che a tutti egualmente compete; e si trattano gli altri solo come mezzi per fini permessi dal diritto. Se l'offensore viene rispinto colla forza entro i limiti della sua sfera di diritto, la *materia* del di lui diritto viene bensì in parte, od anche totalmente distrutta (§ 49), ma esso non può lagnarsi di alcuna lesione di diritto, poichè non si eccede i giusti limiti, nè la *forma* di esso. Pertanto il fondamento e giusto scopo della coazione è la conservazione de' diritti (§ 5) (1).

§ 175.

Dal principio, che una cosa, la quale abbia un

(1) L'assassino ha, come uomo, il diritto di conservare la sua vita e le sue membra. Nell'aggressione io lo mutilo, o l'uccido. Non v'ha dubbio che io abbia offeso il suo diritto (la sua vita, od uno dei suoi membri); pure non verrò accusato di avere violato il suo diritto, perchè esso non ne ha alcuno di abusare delle sue forze per la mia distruzione.

fondamento non può estendersi oltre il medesimo, risulta quali esser debbano i limiti legittimi dell'esercizio del diritto. Che se la stessa natura avesse formato un meccanismo tale da potere acquistare una forza ingiusta con un'altra simile contraria, allora non vi sarebbe il diritto di una determinata resistenza. Siccome però noi esistiamo rapporto agli altri come uomini che agiscono liberamente, i quali debbono dirigersi da sè medesimi, così possiamo noi stessi preparare un tale meccanismo, purchè sia limitato all'identico scopo (1). La legge volendo che l'attività sia più ch'è possibile efficace (§ 6 e seg.), ci accorda soltanto i mezzi coattivi i più adattati allo scopo, e indispensabilmente necessarj al suo conseguimento. Lo scegliere i più miti (sufficienti) a preferenza de' più rigorosi (non necessarj) non è solamente (il più delle volte) una massima di prudenza, ed una

(1) Ciò che la legge dell'eguaglianza, riguardo all'opposta azione delle forze, dà alla natura, la legge del diritto lo dà alla libertà. In quella maniera che il movimento de' corpi può esser libero unicamente per l'eguale reciprocanza delle forze, così anche una libertà giusta è possibile soltanto per l'eguaglianza della forza reciproca. Tieftrunck, *Ricerche filosofiche*, I, pag. 119. Schmid (*Saggio di una base del diritto naturale*, Augusta 1801) ha esposto ultimamente con molta perspicacia il principio teoretico della eguaglianza dell'azione e della reazione, applicato all'idea di forze che agiscono vicendevolmente una sull'altra pel principio del diritto.

legge morale, ma una prescrizione, cui la ragione positiva c' impone di obbedire (1).

§ 176.

Siccome la lesione de' nostri diritti può essere o imminente (futura), o già incominciata (presente), o già compiuta (passata), perciò esistono i diritti di prevenzione, di difesa, di risarcimento (2). Chi senza legittimo motivo, con minaccie di fatto mi cagiona un fondato timore, mette impedimento alla mia libera attività; ed io, in mancanza di mezzi più miti, posso allontanarlo colla forza; tanto più che se per trascuranza o indulgenza ommettessi o dilazionassi di ciò fare, si renderebbero necessarie più rigorose misure, e sarebbe sempre più difficile la difesa de' miei diritti, o, forse anche, totalmente impossibile. Ora si è appunto nell' azione con cui si rispinge violentemente un tale impedimento (§ 5), che consiste il diritto di prevenzione (3). Ma la semplice possibilità di essere danneggiato (4),

---

(1) Se alcuno tenta di passare pel mio fondo, io posso colle mie forze superiori rispingerlo; ma l' ucciderlo per questo sarebbe certamente ingiusto, poichè io non posso sostenere che con la sua esistenza egli potrebbe anche intaccare il mio diritto.

(2) Questi diritti non sono sostanzialmente che emanazioni gradatamente crescenti di quel diritto che altri offendono.

(3) V. Grolmann, *Magazzino*, ec., V. I. fram. 3, N.V.

(4) Di questa specie è anche la preponderanza di forze, allorchè questa non è prodotta da un accre-

le minaccie verbali, che sono piuttosto ammonizioni per eccitare a vigilanza, le apparenze equivoche, e le pregiudicate opinioni prive di ragioni obbiettive, dalle quali anche l'altro deve comprendere la nostra difficile situazione, non giustificherebbero mai il primo attacco, ma inviterebbero piuttosto ad una legittima difesa.

§ 177.

Quando taluno non solo prende disposizioni per attaccare i nostri diritti, ma realmente li attacca, allora il diritto si presenta in forma di difesa, con cui si rispinge la forza con la forza. Nella stessa idea (essenza) del diritto si comprende la facoltà di esercitarlo, e per conseguenza anche di rimuovere gl'impedimenti (§ 5). Quegli che agisce entro i limiti del suo diritto, benchè fermamente risoluto di difenderli contro chiunque, siegue una regola, che se fosse da tutti adottata, il diritto di ogni individuo sarebbe assicurato; e conforma le sue azioni ai principj di diritto (§ 4). Chi però oltrepassa cotesti limiti agisce ingiustamente, e deve, come prescrive in proposito la ragione generale, imputare a sè medesimo le conseguenze della sua ingiustizia.

§ 178.

Per una offesa già compiuta ci compete il di-

---

scimento illegittimo, il quale dia luogo a conchiudere con fondamento che si voglia estendere oltre i limiti il proprio potere.

ritto ad una indennizzazione (§ 48), e quindi anche il diritto di usare della forza necessaria onde ottenerla, sia che il danno venghi recato nei beni originarj o negli acquisti, con un' azione od una omissione (di un dovere condizionale) (§ 111), con rapimento di ciò che il danneggiato già possedeva, o col render vano l' utile che naturalmente ne poteva sperare (*lucrum cessans*) (1). Il danno presuppone sempre un' azione ingiusta. Chi si prevale del suo diritto, sebbene da ciò debba nascere un pregiudizio ad alcuno (p. e. colla propria difesa), chi duramente ricusa di difendere un altro, o di allontanare da lui un danno, non può qualificarsi come danneggiatore. Che se alcuni però con una illecita unione (§ 141), hanno immediatamente o mediatamente (2) arrecato un danno, deve ognuno di essi individualmente rispondere per tutti (*insolidum*), poichè ciascuno di loro è causa del danno, e senza il suo concorso questo non sarebbe forse avvenuto. Egli ha poi il regresso verso i complici per farsi dai medesimi rimborsare ciò che anche per la parte loro dovette soddisfare (§ 138). Del resto generalmente il danneggiato ha il diritto di valutare l' importo del danno (§ 128) (3).

---

(1) Daries, *Observ. jur. nat.* II, Obser. 61.
(2) Barbeyrac ad Puffend. *De of. hom. et civ.* I. 1, § 21. Grotius, *De jure belli et pacis.* II, 17, § 6 e seg.
(3) Confr. però il successivo § 191.

§ 179.

Il diritto di difesa, e quello parimente di prevenzione sono legittimi anche contro gli esseri che agiscono involontariamente (come, p. e., i fanciulli, i dementi, i sonnamboli); il che si comprende ad evidenza dal motivo e dallo scopo de' medesimi (§ 176 e seg.), e viene generalmente ammesso. Si revoca soltanto in dubbio se questi esseri possano venir costretti al risarcimento del danno arrecato (§ 48). Si accorda che essi debbano restituire l'oggetto involato, e che quando siansi dati in un tale stato per propria colpa (p. e., per ubbriachezza o per sfrenate passioni), debbano anche prestare un risarcimento; ma fuori di questo caso, siccome essi non sono suscettibili di doveri, si ritengono esenti da ogni risponsabilità (1). Cotesta asserzione sarebbe al certo conseguente se si dovesse dedurre il diritto del danneggiato soltanto dalla obbligazione dell'altra parte (§ 37). Ma per la legittima illazione (ivi) il diritto di esigere l'indennizzazione, come anche la sicurezza (mediante la prevenzione e la difesa), e di chiedere la restituzione, tende in egual modo alla conservazione del nostro diritto ed alla rimozione degli impedimenti, sia che questi provengano da

(1) Daries, *Obs. jur. nat.* 58, § 14. Martini, *Idea del diritto nat.* § 388. Jacob. *Giurisprud. filosof.* § 445. Hopfner, *Diritto nat.* § 131. Huffelaud, *Principj del diritto nat.*, pag. 496.

esseri che agiscono coll' uso della ragione, o soltanto con quello de' sensi. Io ho il diritto di allontanare da me una offesa involontaria, e per conseguenza anche la continuazione di essa, con danno dell' aggressore. Ora siccome l' offesa della mia proprietà dura finchè ella non sia rimessa nello stato primiero, così mi appartiene il diritto di risarcirmi sulla sostanza del danneggiante (1). Quando però nessuno possa essere risguardato nemmeno come la causa fisica del danno (§ 43), allora non vi può essere questione nè di risarcimento, nè di difesa. Laonde il proprietario di una bestia che senza di lui colpa abbia recato danno, non può essere costretto nè a risarcimento, nè a cedere l' animale (2). Diversa sarebbe la cosa se il danneggiato, il quale per allontanare il danno aveva il diritto di ferire o uccidere la bestia,

---

(1) Altre ragioni giuridiche, ma soltanto morali, od almeno non generalmente sufficienti, si trovano in Feder, *Ricerche sulla volontà dell'uomo*. Part. III, § 72. Ma che la consueta illazione che si fa dall' assenza del reato e dall' impunità alla liberazione dal risarcimento del danno sia troppo precipitata, fu già osservato da Köhler (*Exerc. jur. nat.* § 996 schol.). Confr. Thomasio *larva legi aquil. detracta*. Halæ 1703. Poerschio, *Introduzione al diritto naturale popolare*, pag. 78.

(2) Sono dello stesso sentimento, sebbene per altre ragioni, Puffendorf. *De jur. nat. et gent.* 3. 1. § 14 seg., e Bendavid, *Saggio di giurisprudenza*, § 243. La moderazione di questo rigore nelle leggi positive viene spiegata dal diritto naturale di Stato.

l' avesse acquistata col sagrificio della sua proprietà (simile ad una spesa necessaria) (§ 83) (1). Lo stesso dicasi quando per un caso estraneo o per colpa di un terzo si fosse occasionato a taluno un danno (§ 82).

§ 180.

Oltre i diritti di prevenzione, di difesa e di risarcimento (§§ 176 e 179), molti giureconsulti stabiliscono come per conseguenza anche il diritto di punire, già esistente nello stato di natura (§ 153) tra quelli che non sono fra loro vicendevolmente dipendenti (§ 42), il che però viene da altri combattuto. Dietro un attento esame della cosa e dei motivi che sostengono il diritto naturale di punizione, questi mi sembrano in parte insufficienti, ed in parte di natura tale, che la questione va ad essere di parole, o almeno scolastica senza conseguenze. Alcuni scrittori si appoggiano all' ordine morale dell' universo, richiesto dalla ragione pratica per cui deve sopra ognuno ricadere il male intellettuale in proporzione dell' ingiustizia commessa (punizione morale) (2).

---

(1) Sembra per molte considerazioni politiche che in ciò consista il motivo per cui la legge positiva accorda al danneggiato il diritto di sequestrare la bestia, e di esigere un risarcimento. Confr. Fichte, *Sistema del diritto nat.*, pag. 52 e seg.

(2) Schlettwein, *Diritti dell'uomo*, § 186. Jacob, *Giurisprudenza filosofica*, § 415 e seg. Schmalz, *Spiegazione dei diritti dell'uomo*, § 15.

Certamente la morale insegna che deve esistere un mezzo di compensazione fra la moralità e la felicità; fra il male ed il nessun merito di felicità; ed ella insegna del pari che una tale concatenazione realmente esiste per mezzo delle disposizioni del giudice onnisciente, onnipotente, santissimo. Ma appunto per questo l' uomo non può ritenere che la limitata natura razionale, la quale manca di tutte queste proprietà, abbia l' attributo di conciliare cotesta armonia, attributo che spetta soltanto alla divinità.

§ 181.

Più plausibile è l' osservazione che se si togliesse soltanto ai malvagi il frutto del loro delitto senza infliggere ad essi altro male, non si avrebbe alcuna sicurezza, perchè gli uomini mal intenzionati riguarderebbero il loro delitto come un giuoco di sorte, in cui non potrebbero che guadagnare, ed alla peggio perder nulla, e che per conseguenza per trattenerli da ulteriori lesioni di diritto si rende necessario un male sensibile che oltrepassi il risarcimento del danno, cioè il gastigo (§ 175) (Punizione di prevenzione individuale) (1). Secondo quest' osservazione contro la comune supposizione, l' offesa già recata non sarebbe la causa del

(1) Achenvall, *J. n.* § 371. Rössler, *Del gastigo nello stato di natura.* Vienna 1784. Schaumann, *Trattato critico della Giurisprudenza filosofica*, Trattato XII. Grolmann, *Principj della scienza del diritto criminale*, § 17 e seg. Giessà 1798.

gastigo, ma soltanto il fondamento per conoscere un' attiva minaccia di ulteriori lesioni di diritto, le quali dovrebbero essere impedite mediante il gastigo. Qui dunque converrebbe prima di tutto riflettere che la ragione limita il diritto di prevenzione ad una minaccia certa, ed altrimenti inevitabile (§ 176). Ma per poco che si consideri la cosa, vedesi chiaramente quanto sia incerta la conclusione che colui, il quale ci ha recato un danno, ce ne arrecherà presto un nuovo, e quanto ella sia precipitata molto più nello stato di natura, ove l'offeso, anche senza un diligente esame delle circostanze, delle cause motrici e delle intenzioni dell' offensore, sarebbe giudice della propria causa. Se però il pericolo esistesse realmente, allora il mezzo di assicurazione sarebbe, a dir vero, necessario e giusto, ma non dovrebbe propriamente ritenersi una pena (della lesione di diritto commessa), e considerar dovrebbesi unicamente per una prevenzione (contro una futura lesione), la quale, soltanto per la causa che vi dà luogo, sarebbe diversa da ogni altra prevenzione (1).

---

(1) Se si bandisce un delinquente, o si mette in carcere per tutta la vita soltanto pel motivo di renderlo non pernicioso allo Stato, quest'è un mezzo di assicurazione eguale a quello che si pratica contro gli esseri che non hanno meritato un gastigo, come i pazzi e le bestie feroci.

§ 182.

Sotto un altro punto di vista si presenta ancora il male della forza, eccedente la riparazione del danno, e tende non solo a ritenere alcuno dal recare offese (§ ant.), ma eziandio ad indurlo all'osservanza esterna delle leggi, e ad avere gradatamente un contegno morale. (Gastigo correzionale) (1). Nello stato d'indipendenza la forza ha luogo soltanto contro l'offensore, e per impedire le lesioni di diritto, non già a promuovere la moralità (individuale) (§ 10). Quindi nello stato di natura il diritto di correzione rimane soltanto riservato ai genitori, agl'istruttori, e secondo la natura dello scopo, per cui ci siamo assoggettati, anche a tutti gli altri superiori (§§ 136 e 167).

§ 183.

Se finalmente si volesse ad un delitto applicare una pena assai grave eccedente la riparazione del danno, al solo oggetto di trattenere gli altri dal commetterne de' simili in vista di quanto soffre

---

(1) La correzione viene altresì impiegata contro quelle persone, le quali secondo un principio generale non soggiacciono a gastigo, come, p. e., i minori di età; ed essa viene diretta in modo da poter sperare un cangiamento ne' sentimenti, ed un vero miglioramento morale. Il gastigo, come un mezzo di correzione permesso anche nello stato d'indipendenza, viene difeso principalmente da Daries (*Obs. jur. nat.* T. II, obs. 65.

un altro (gastigo a terrore) (1); in allora la ragione ci avverte che non dobbiamo servirci di esseri ragionevoli come di semplici mezzi per conseguire i nostri fini (§ 7); che potrebbe essere eziandio molto incerto se anche in altri esista la medesima inclinazione agli stessi delitti, la quale si dovesse raffrenare coll' esempio del gastigo; che nello stato di natura non si può presupporre un sistema regolare di procedere, che allontani il sospetto di parzialità; e che l'esecuzione del gastigo verrebbe piuttosto considerata per un trasporto di vendetta, che per una esemplare ammonizione della giustizia. Se in conseguenza dei mezzi di coazione qui indicati (§ 180-183) si vuol chiamare pena la memorata specie di prevenzione (§ 181), o la correzione (§ 182), o forse, con alcuni scrittori, gli usi delle forze indicati nei §§ 176-180, allora il diritto di punire esiste già nello stato di natura. A me però sembra che nè all' uno, nè all' altro di questi mezzi coattivi, i quali senza di ciò hanno già la loro particolare denominazione, convenga il nome

(1) Wolfio (*J. N.* P. I, § 1068 e seg.) sostiene che nello stato di natura esiste il diritto di gastigo tanto per il terrore, quanto per la prevenzione. In generale molti giureconsulti si permettono di accumulare tutte le specie di gastigo, delle quali si è parlato, per trarre partito da una quando l'altra non basti. V. *Abbozzo del diritto della ragione*, di J. V. G. § 21. Vienna 1802.

di pena propriamente tale, e che per conseguenza il vero diritto di punire nello stato di natura non sia fin qui provato da alcuno dei riferiti argomenti (§ 180).

§ 184.

Sotto il nome di pene (propriamente tali), tanto secondo il comune linguaggio, come in senso giuridico (§ 115), s' intendono que' mali sensibili, che la superiore autorità, con legge promulgata generalmente ai suoi sudditi, minaccia contro le azioni opposte al diritto (alle quali l'uomo viene eccitato dai sensi), come cause che valgono ad allontanarli dalle possibili lesioni di diritto, comandando in pari tempo che questi mali sieno inflitti ai malvagi pei delitti da loro commessi onde non render vano l' effetto delle sue minaccie (1). Questa idea di-

(1) Leibnitz ha già osservato che: *Ubi sapiens legislator minatus est, ad constantiam ejus pertinet, actionem non relinquere impunitam, etiamsi poena nemini corrigendo foret utilis* (*Theodic.* I, § 23). Gli antichi maestri di diritto naturale della scuola di Puffendorf vollero per l' essenza della pena l'idea di un capo. Si è però cercato di combattere questa opinione sebbene con ragioni insufficienti, e con definizioni non esatte dello scopo della pena. Il degno consigliere Sonnenfeld ebbe il merito di avere compreso meglio di tutti i precedenti giureconsulti filosofi, l'idea della pena, e di averne sviluppate le più importanti conseguenze (*Principj di politica*, § 353 e seg.). La maggior parte dei moderni giureconsulti ritiene che un diritto di pena possa essere immaginato soltanto in uno stato sociale. Heydenreich, *Sistema del diritto di natura*, pag. 189 e seg. Klein-

stingue la pena propriamente detta dalle idee ad essa prossime de' mali coattivi permessi per la prevenzione individuale, per la difesa, per il conseguimento della riparazione del danno, e per la correzione (§ 176-184). Ma essa ci mostra ancora che la vera pena (legale) presuppone una unione di uomini soggetta ad un' autorità suprema che formi e promulghi leggi, e che le faccia eseguire, e che per conseguenza non può esistere nello stato indipendente di natura (1). Egli è perciò che resta riservato in parte al diritto di stato, ed in parte al diritto criminale la spiegazione del diritto di punire e delle teorie che vanno con essa prossimamente congiunte (2).

---

schrod, *Sviluppo sistematico dell' idea fondamentale del diritto penale* (Erlangen 1794). II. § 5. J. V. H. *Idea del diritto della ragione*, § 21. Vienna 1802, e molti altri.

(1) Il motivo per cui qui si nega un diritto di pena nello stato di natura, non consiste dunque nella di lui assoluta incompatibilità col diritto della ragione (altrimenti esso non si potrebbe neppure ammettere nello stato sociale), ma bensì nella mancanza in esso stato delle condizioni sotto le quali soltanto la ragione può accordare che ad un uomo indipendente i suoi simili infliggano de' mali sensibili per una lesione di diritto, i quali eccedano la prevenzione, la difesa, la riparazione del danno, e la correzione.

(2) Fra questi io annovero principalmente il sistema dell' imputazione legale, che ad un principiante nello studio della giurisprudenza non si può in maniera utile insegnare prima che egli non abbia già conosciuta la natura delle leggi dello Stato. Quasi

§ 185.

Dal principio che fra i mezzi coattivi più confacenti per la conservazione dei nostri diritti sono permessi soltanto i necessarj (§ 175), si può dedurre l' ordine giusto per la loro scelta. Se taluno possede in buona fede la cosa su cui io ho pretensione, siccome la legittimità di questa è a lui ignota (§§ 78 e 82) (ciò che in caso di dubbio deve presumersi (§ 43), io non potrò subito far valere il mio diritto colla forza, ma dovrò preventivamente esporgli il chiaro fondamento di esso, cioè produrne la prova. Imperocchè credendo egli in buona fede di non essere tenuto alla prestazione da me pretesa, io non posso da lui esigere che si arrenda alla semplice mia asserzione (§ 42); e per

---

tutti i maestri del diritto di natura lo trattano nel diritto privato naturale; la maggior parte però confondono l' imputazione legale colla imputazione etica, e si perdono nelle oscure questioni della libertà metafisica e psicologica. Le tristi conseguenze di questa confusione, particolarmente nel giudicare le circostanze aggravanti e mitiganti, si sono conservate sino ai tempi nostri, come ne fanno fede gli atti criminali. I giudici ci parlano ancor sempre del grado della libertà e della moralità dell' accusato ch' essi conoscono da alcuni esami; accumulano assieme i più contraddicenti motivi di mitigazione, e convertono spesso il malfattore in un automa innocente. Tuttavia la recentissima applaudita teoria stabilita da Feuerbach (*Revisione dei principj e delle idee fondamentali del diritto penale positivo*, N. 11. Erfurt 1799), e le profonde osservazioni di alcuni dei suoi oppositori, ci fanno sperare una importante generale riforma nell' amministrazione della giustizia penale.

conseguenza si passerebbe ad una violenza reciproca. Siccome però egli non determinatamente, ma per inscienza mi ricusa il da me preteso diritto, si può riparare all' inconveniente col toglierlo dal suo errore, e col persuaderlo che esso a me realmente compete. Io sono quindi obbligato a preferire il mezzo più mite. Le specie di prova possono essere; l' ispezione oculare (p. e., delle traccie esistenti le quali provino che la cosa era stata prima occupata), i documenti (p. e., sopra affari meco conchiusi dal procuratore di un altro), la testimonianza o il giuramento volontariamente deferito dalla parte contraria. Che se il mio avversario dovesse già essere convinto del mio diritto, io non sono tenuto nello stato (indipendente) di natura a provarlo (1).

(1) Chi nello stato di natura per un danno arbitrariamente recatomi è tenuto a prestarmi un risarcimento, non può esigere una prova del fatto che costituisce il danno, che non può essergli ignoto. Tal prova può esser chiesta bensì dai tribunali dello Stato, come quelli che debbono sempre giudicare sopra fatti altrui. Questa osservazione è particolarmente importante pel diritto delle genti, e pare che ella sia sfuggita a molti scrittori di diritto naturale. Quindi la regola, che i fatti ed i diritti pel loro mezzo acquistati (non però anche gli originarj, § 25) debbono essere provati, ha la sua applicazione soltanto nel diritto civile. Ed appunto perciò la legislazione civile deve determinare colla maggiore esattezza la specie di prova ed i loro requisiti (p. e., il numero dei testimonj, le formalità dei documenti, ec.), su di che, a mio avviso, sembra che in generale il diritto naturale sappia stabilire assai poco, ed una diffinizione più accurata convenga alla legislazione civile.

§ 186.

Le parti che trattano fra loro di buona fede nè casi complicati non confidano nella propria lor intelligenza ed imparzialità. Alcune volte poi, e pincipalmente nel caso che nessuna di esse possegga l'oggetto contenzioso, può avvenire che amendue le parti trovino fondate le rispettive ragioni, cosicchè nessuna di esse voglia cedere senza condizone. Allora prima di far uso della forza debbono tentare alcuni mezzi onde conciliare un componimento della lite (che muti tra esse il dubbio in un diritto certo), e questi mezzi sono: *a* la scelta di un arbitro alle cui decisioni esse promettono di assoggettarsi; *b* la sorte (decisoria); *c* la transazione, per mezzo della quale una parte sotto la condizione che a lei si presti qualche altra cosa, rinunzia al suo diritto controverso. Per rendere più facile l'accomodamento servono i mediatori che colla persuasione e coi consigli determinano le parti a finire amichevolmente ogni contestazione. I requisiti e le conseguenze legali di questi mezzi si deducono dalla teoria dei contratti (1).

§ 187.

Avvenendo però che taluno non voglia ammettere il nostro diritto evidente o per le prove, o per sè stesso (§ 185), atteso che trovasi fuori del nostro possesso, o pure, essendo ancor dubbio il diritto, ci turba nel possesso che ne

(1) V. Jacob. *Giurisprud. filosofica*, § 467 seg.

abbiamo; in una parola se ci sovrasta una lesione che non possa allontanarsi con un mezzo mite, allora nasce il diritto di usare giustamente della forza (§ 126), la quale secondo che le circostanze lo richiedono, può essere esercitata tanto sulla proprietà, come sulla persona dell'offensore. Perciò nelle indicate circostanze, riguardo alla proprietà, noi possiamo avere il diritto *a* di togliere a questo le sue proprie cose, o di provvisoriamente ritenerle per difesa dei nostri diritti (corporali o incorporali, § 68); *b* di guastarle o distruggerle (p. e., gli strumenti coi quali egli ci minaccia); *c* di tenerle come in via di cauzione (pegno) (§ 139); *d* di farne uso (ove sia seguita realmente la lesione) in proporzione delle nostre giuste domande (§ 79), o di ritenerle in titolo di compenso (§ 119. 2) come nostre proprie. Ciò null' ostante l' indennizzazione derivante dalla lesione del nostro diritto, se sia effettuata di proprio arbitrio, non può dichiararsi per un modo di acquisto (come però si fa comunemente), poichè per essa non siamo autorizzati ad accrescere la nostra sostanza, ma soltanto a rimetterla nello stato in cui dapprima si trovava (1).

---

(1) Ciò che mi è dovuto si ritiene già da me come parte della mia sostanza. La indennizzazione procurata di propria autorità non è un modo di acquisto (§ 56).

§ 188.

Riguardo poi alla persona può eziandio competerci il diritto *a* di obbligarla ad una prestazione personale dalla medesima promessa, e che ella ricusi; *b* di ritenere in prigione per difesa del nostro diritto l'offensore o il debitore, od anche, *c* di porlo in istato di servitù quand' egli non possa o non voglia altrimenti estinguere il suo debito. Quest' ultimo diritto trae seco quello competente al creditore di potere inseguire il debitore fuggitivo (1), e di obbligarlo in proporzione della pre-

(1) Kant (*Giurisprud.*, pag. 105 e seg.) alla divisione del diritto in reale e personale (§ 110) aggiunge anche il diritto reale-personale, che dovrebbe appartenere reciprocamente ai conjugi, quindi ai genitori sopra i figli, ed ai padroni sopra i servi; imperocchè queste persone si possederebbero nel modo stesso delle cose, ed in caso di fuga potrebbero essere inseguite o riprese. Soltanto in senso improprio può dirsi (come lo stesso Kant ammette) che le persone siano un oggetto di acquisto e di possesso; certo essendo che non le persone, ma il solo diritto a certe azioni delle medesime può essere acquistato e posseduto. Ora qualunque diritto che appartenga esclusivamente ad una persona è di tale natura che può essere esercitato contro ognuno il quale voglia impedirlo. Tuttavia il diritto ch' è diretto soltanto ad azioni e prestazioni di determinate persone, dicesi personale (§ 56). Ogni creditore, o uomo offeso, ha il diritto d' inseguire il suo debitore fuggitivo, di obbligarlo al pagamento, o all' indennizzazione, e di opporre la forza a chiunque gli volesse ciò impedire, senza che per questo possa sostenersi che il diritto non sia personale, ma però un diritto reale-personale. Vedi Krug, *Aforismi per la filosofia del diritto*, tom. I, § 25. *Annot.* Gottinga: *Notizie letterarie dell' anno* 1797. Cap. 172.

tesa ad un lavoro, ovvero se il primo non potesse trarre vantaggio da questo, può cedere il suo diritto ad un altro (§ 119. '9). Ma la schiavitù non può nemmeno in questo caso essere giustificata (§ 135), e molto meno essere estesa ai figli innocenti (1).

§ 189.

Finalmente nei casi urgenti di aggressione, ove non ci restino mezzi più miti, noi abbiamo la facoltà *d* di difendere i nostri diritti perfino col ferire ed anche uccidere l'ingiusto aggressore; ciò che suole chiamarsi particolarmente il diritto di

---

(1) La legislazione romana la quale considerava uno schiavo come una cosa di proprietà, come una bestia domestica, prescriveva molto conseguentemente, che il figlio di una schiava era proprietà del padrone per diritto di accessione (§ 85 e seg.). Puffendorfio, il quale in molti articoli si lasciò indurre in errore dalla venerazione pel diritto romano, difende questa opinione secondo il diritto naturale (*De off. hom. et civ.* II. § 6 e 11). Le sue ragioni vengono confutate dal Martini (*Sistema del diritto naturale*, § 760 e seg. e § 766 e seg.), e l'autore delle dilucidazioni di tale sistema (il D. Rasp) confutò pure i più recenti argomenti prodotti da Linquet, *Théorie des loix civ.* v. 5, per la schiavitù di nascita. A fronte della verità di diritto che la schiavitù non è mai legittima (§ 135), cade da se la riferita asserzione di Puffendorfio, e nei paesi dove ella non esiste, le discussioni su quest'oggetto non offrono alcun vantaggio pratico. Confr. A. F. Lüder, *Sull'industria nazionale e sull'economia politica estesa sulle tracce di Adamo Shmitt.* Part. II, pag 69 e seg. Berlino 1802.

necessaria difesa. Il principio che si possa difendere la propria vita, non che la sicurezza corporale e la libertà personale, amendue intimamente unite a quella, colla morte dell' aggressore, viene generalmente riconosciuto, e qualunque sistema si segua, esso è facilmente provato. Ma riguardo ai beni esterni la prova è più difficile a prodursi, se si vuol dedurre il diritto dalla morale, e questa dal principio della felicità, e per conseguenza da quello che il bene maggiore (*objective*) dev' essere preferito al minore (§ 37). Quando però si ammetta come provato che la legge protegge generalmente colla forza i diritti finchè vengono esercitati nella loro sfera legale (§ 5), e che l' offensore non può sostenere che ove manchino mezzi più miti, si violi il suo diritto, per quanto grande possa essere il bene che gli vien tolto (§ 174), allora la difesa necessaria, come una conseguenza immediata, non è suscettibile di alcun dubbio. Ciò nondimeno dalla difesa necessaria si distingue il diritto di necessità (§ 89), in forza del quale per salvare la propria vita si potrebbe perfino sagrificare quella di un altro uomo, benchè esso non offenda il diritto di alcuno (1). Ma quegli

(1) Se in caso di naufragio per salvarsi dal pericolo sia permesso di gettare un altro dalla tavola, principalmente quando si crede di essere di lui più saggio ed utile; se in caso di fame possano essere estratti a sorte i compagni del bastimento per essere abbandonati alla morte onde conservare in vita gli

stessi giureconsulti filosofi che ammettono il diritto di necessità anche sopra un bene altrui, non accordano però che esso possa estendersi perfino alla vita di un altro uomo, il quale non offenda gli altrui diritti (1). Tanto meno poi si può concedere l'uso di questo mezzo di salvezza, quando in conseguenza di una legge non condizionale, il diritto di necessità sia generalmente escluso (§ 90) (2).

---

altri col pasto de' loro cadaveri, e simili. Coteste questioni esaminate profondamente dai primi scrittori di diritto naturale sono più degne, come osserva Garve, dell'età scolastica, che del secolo di Platone e di Cicerone, l'ultimo de' quali nelle discussioni di simili questioni, con vero spirito filosofico, che molti inclinano a qualificare di stravaganza, dice: *Non mihi vita mea est utilior, quam animi talis affectio, neminem ut violem commodi mei gratia.* – *De offic.* III. 6.

(1) V. Feder., *Ricerche sopra la volontà umana*, III, § 43.

(2) V. Jacob., *Giurisprud. filosofica*, § 181 e 408. Schmalz., *Dichiarazioni del diritto dell'uomo e del cittadino*, pag. 84 e seg. Kant, *Giurisprud.* pag. 41 e seg., ritiene che l'opinione degli avversarj sia una confusione delle idee di azione non colpevole *(inculpabilis)*, e non punibile *(impunibilis)*. Altri sostengono che in caso di estremo pericolo, in cui si presuppone che più uomini non possano assolutamente esistere assieme, cessi affatto la questione della dottrina di diritto, come possano più esseri liberi vivere unitamente? (§ 4) e che quindi debba riportarsene la decisione alle forze fisiche o all'arbitrio subordinato alla legge della morale. Ficht, *D. N.*, pag. 82. Schaumann. vers. VI. Bauer, *D. P. N.*, pag. 65. Krug, *D. N.*, p. 84.

§ 190.

Siccome abbiamo il diritto di assumere gli affari dei nostri simili col loro consenso espresso o ragionevolmente presunto (§ 44 e seg.), e siccome l'offesa recata ad uno può egualmente essere pericolosa ad altri (§§ 47 e 176), perciò la ragione legale ci accorda non solo di difendere con la forza i nostri, ma ancora gli altrui diritti. L'aggressore il quale si oppone al diritto di prestare assistenza ne ascriva a sè medesimo le conseguenze. All'incontro la legge di diritto proibisce di erigersi in giudice su chi è indipendente, e di pronunciare un giudizio che abbia forza legale nei loro affari, ed a cui essi anche contro la loro persuasione dovessero assoggettarsi; ella vieta di cooperare ai fini illeciti, di prestare forzatamente assistenza a chi non ne vuole (§ 44), e di obbligare gli altri a soccorrerci senza una preventiva promessa (§ 10) (1).

§ 191.

L'esercizio della forza resta sempre limitato ai mezzi efficaci e necessarj (§ 175). Quali però sieno i mezzi violenti non necessarii o inefficaci (le crudeltà senza scopo), non si può nella mag-

(1) Dai principj esposti in questo capitolo si possono dedurre nel diritto pubblico i diritti di guerra, di soccorso in guerra, di neutralità e di pace. Non sembrami però conveniente di trattare di questi diritti nel diritto privato naturale.

gior parte de' casi giudicare che dalle circostanze, e sovente perfino dall' essenza e dallo scopo de' mezzi. Il far conoscere un debitore moroso come tale pubblicamente (per risvegliare il suo sentimento d' onore) , il mandargli un sequestro, e costringerlo forzatamente al pagamento , questi son mezzi giusti, ma l'opprimerlo con calunnie, il devastare i suoi campi, lo scacciarlo dalla casa e dai fondi per una tenue somma di danaro , sono mezzi proibiti non solo dalla legge che c' impone di amare il nostro simile , ma ancora da quella che prescrive la giustizia. Il provocare il calunniatore a provare la sua accusa , il farlo conoscere per calunniatore se tace , il costringerlo a risarcire il danno che ha occasionato colla di lui calunnia , sono cose legittime ; ma il rispondere con ingiurie alle ingiurie (*retorsio injuriæ*) , il voler provare il suo onore colla spada (1) , o il liberarsi pro-

(1) Chi decide una questione in punto di onore (benchè sia un giuocatore di vantaggio , un seduttore , un calunniatore) con armi micidiali , confonde le idee più eterogenee , ed è plebeo egualmente che quello della ciurma più vile , il quale voglia sostenere il suo onore coi pugni. Inoltre io ritengo per una verità dimostrata che la morale si opponga al duello , e che esso venga con tutta ragione dichiarato per un delitto dai regolatori degli Stati civilizzati , i quali dal canto loro fecero abbastanza per estirpare questo terribile pregiudizio. La questione ulteriore se il duello nello stato di natura , quando sia convenuto dagli stessi combattenti , debba ritenersi un' azione ingiusta , parmi che appartenga alla classe delle quistioni scolastiche le più inutili.

ditoriamente dal calunniatore, sono atti che la ragione riprova, come una vendetta ripugnante in parte al senso comune, ed in parte ingiusta. Che se l' offensore conosce con fondamento che l' offeso non si limita alla difesa ed alla repristinazione del suo diritto, che esso spinge la cosa più oltre di quello che la legge per sua difesa gli accorda, allora s' appartiene a lui il trattare il suo avversario come offensore, e qualunque altro che ne abbia la stessa persuasione ha il diritto di prestargli assistenza, e quindi di contenere il prepotente entro i giusti limiti della difesa. La forza legittima è dunque circonscritta a certi limiti anche nello stato di natura (*Jus belli, seu coactionis, non est infinitum*) (1).

§ 192.

Il diritto di difesa nello stato di natura è indeterminato (*indefinitum*) nel senso, che soltanto dal concorso delle circostanze, e dal solo offeso, o unicamente però dalla posizione in cui esso si trova, può giudicarsi cosa sia necessario al ristabilimento ed alla sicurezza del suo diritto, e sia per conseguenza giusto. L' entità ed il genere dell' offesa non somministrano una regola certa

(1) Il principio stabilito da alcuni moderni scrittori, che si possa trattare la persona che offende con premeditazione come un essere privo di ragione, e privarlo di tutti i suoi diritti, ripugna al buon senso ed alla stessa ragione.

sulla quantità e qualità legittima dei mezzi coattivi. Un gravissimo attentato (p. e. alla vita) può sovente rendersi vano con un mezzo non dannoso all' avversario, e per lo contrario un attentato meno grave (p. e. ai beni esterni) non può respingersi che con una resistenza molto riflessibile E tutto ciò che per questo scopo (ch' è d'impedir l'infrazione di diritto) si esige, è giusto (§ 189). Anche il principio che la forza contro l' offensore dev' esser palese (1), ha bisogno di avere una limitazione. È lecito di servirsi pure dell' astuzia, di una occulta sorpresa, o di una segreta ricompensa, quando l' offeso almeno in seguito venga posto in situazione di conoscere da chi ed in qual grado gli sia stato recato danno, e ciò sì perchè gli innocenti non siano esposti al pericolo di sospetto, o ad un trattamento illegittimo, come anche affinchè l' offensore del diritto possa giudicare della proporzione fra l' offesa e la difesa (§ 191).

§ 193.

Da quanto finora si disse sul modo legale di procedere tra esseri indipendenti, e dalle diverse precedenti osservazioni, deriva la certissima conseguenza, che nello stato di natura i diritti devono essere soggetti a molti dubbj, a molte importanti contraddizioni, ad usurpazioni, ed a continui attentati. Io ritengo esser cosa di somma importanza l' eccitare su di ciò l' attenzione nel

(1) Jacob., *Giurisprud. filosofica*, § 451.

terminare quest' opera del diritto privato naturale. Se supponiamo, anche per ipotesi fondamentale, l'uomo nello stato di natura in comunione co' suoi simili dotato dell' uso comune della ragione per potersi da se convincere del diritto originario, e dei diritti innati da esso derivanti che competono agli altri uomini; si può forse attendere da lui, che, stante il suo non vano timore se e fino a quando gli altri siano per riconoscere il suo diritto, siano per esso inviolabili e sacri i diritti di loro? Che se per avere il conseguimento de' fini che un tal uomo gradatamente si propone, incomincia ad acquistare qualche cosa ed a farne una sua proprietà esclusiva, gli altri non vedranno forse nella di lui impresa un attentato ossia una violazione contro l' uso delle cose che fino allora consideravano comuni, e non vi si opporranno essi forse, massimamente per non essere sicuri se anch' esso sia per rispettare la proprietà loro? Che se pure gli uomini nello stato di natura convenissero anche che dovesse fra loro esistere la proprietà, quanto incerti non sono i giusti limiti dell'acquisto (§ 68), e quanto non sono dubbj i segni della precedente occupazione, e vacillanti le prove della proprietà permanente senza il possesso corporale? Se introdotta la proprietà, ci trovassimo costretti per soddisfare ai reciproci bisogni di conchiudere de' contratti, quanto non possono essere indeterminate le espressioni della volontà de' contraenti, ed a chi deve lasciarsi la imparziale interpretazione?

Come si potrà presumere che io voglia per il primo adempiere al contratto, quando non ho veruna certezza che l'altro adempirà la sua promessa? Gli stessi dubbj, ed anco maggiori insorgono nelle obbligazioni sociali. Le ultime diverranno per fino sorgenti di discordie e di infinite contestazioni fra quelli che l'istinto naturale e la ragione morale deve col più stretto vincolo riunire. Che se i diritti formano un oggetto di contesa, allora l'uomo indipendente vuol essere giudice in causa propria, l'amore del proprio vantaggio lo accieca, e gl'impedisce di attribuire il dovuto valore e di rendere giustizia alle ragioni contrarie, ed il diritto succombe alla forza. In uno stato in cui ognuno deve vegliare per la propria sicurezza, anche i fatti insignificanti eccitano sospetti. Ci permettiamo il primo atto di aggressione sotto il pretesto del diritto di prevenzione, a cui l'assalito, consapevole della sua innocenza, con diritto si oppone, ed accese una volta le inimicizie senza limiti esterni determinati, esse degenerano da amendue le parti in una terribile vendetta.

§ 194.

Hobbes da ciò ha concluso che nello stato di natura non esiste propriamente verun diritto, e che questo non ha il suo primo fondamento che nella società civile (1). E sebbene null'ostante

(1) *Minime autem utile hominibus fuit, quod (in statu*

una tale asserzione, molti de' posteriori giureconsulti filosofi abbiano trattato il diritto privato naturale separatamente da quello di Stato, pure comparvero alcuni seguaci di Hobbes, i quali hanno ripetuto la prima origine del diritto di coazione soltanto dalla società civile (1). Anche in alcuni de' più recenti sistemi di diritto lo stato di natura viene dichiarato uno stato privo di giustizia (*justitiæ vacuus*), e si sostiene che lo stesso gius naturale propriamente detto, in quanto col medesimo s' intende indicare una scienza che tratti di rapporti di diritto in uno stato d' indipendenza, non sia possibile, nè ammetta applicazione (2).

§ 195.

Alle osservazioni esposte (§§ 21 e 96) per provare la precedente opinione io aggiungo pure le seguenti. Non si può contrastare che senza veruna legge positiva la sola ragione imponga il dovere

---

mere naturali) habuerint in omnia jus comune. Nam effectus ejus juris idem pene est, ac si nullum omnino jus extiterit. Quamquam enim quis de re omni poterat dicere, hoc meum est, frui tamen ea non poterat propter vicinum, qui aequali jure et aequali vi praetendebat, idem esse suum. — Justitia erga homines supponit leges humanas, quales in statu naturæ nullae sunt. – De cive, c. 1, § 102 e seg.

(1) Hissmann nel man. Tedesco 1778. T. 2, pag. 529. Flatt. *Saggi misti*, pag. 112-114. Plattner, *Aforismi*. II, pag. 472.

(2) Fichte, *Scienza fondamentale del diritto di natura*. T. I, pag. 114. Poerschk, *Introd.*, pag. 157. Confr. Kant, *Giurisprud.* § 41, e Bendavid, *Saggi di Giurisprudenza*, § 115.

ad ogni essere ragionevole di limitare la sua libertà esterna coll' idea della libertà di tutti gli altri, e che la ragione legale autorizzi a tutte le azioni le quali non pongano gli altri esseri nella impossibilità di agire liberamente, ed accordi pure di far uso della coazione contro i violatori dei diritti (1). Non si può del pari impugnare che da questo principio si possano dedurre molti diritti in parte originarj, in parte acquisiti non suscettibili di verun dubbio ragionevole. Per conseguenza i diritti, e le limitazioni alle quali essi vanno soggetti, si possono riconoscere anche senza la legge positiva, e senza i rapporti civili. Il dubbio se anche gli altri sieno per riconoscere o no la legge, autorizza bensì ognuno a vegliare sui proprj diritti, ma non già ad essere il primo, senza giusto motivo, a trasgredirla. L' ulteriore considerazione che nello stato di natura manca al possessore del diritto il potere di esercitare la coazione con cui la legge è convalidata, non è sempre giusta, ed influisce sul diritto tanto nello stato di natura che nello stato civile, ove anche colla simulazione, colla astuzia e colla prepotenza si può spesso sfuggire alla coazione. Quindi la ipotesi di uno stato di natura, in cui il diritto privato naturale sussista come una norma di diritto, non è nè inconveniente, nè senza fondamento, ed

(1) Fichte, *Dottrina fondamentale del diritto naturale*, pag. 106.

è suscettibile di molti usi scientifici. Essa ci serve di guida nello stabilire i fondamenti del diritto naturale degli stati indipendenti, e per isvilupparlo secondo i suoi moltiplici rapporti (1). Essa ci pone in grado di procedere nella giurisprudenza da idee semplici a idee composte, di riguardare considerando primieramente gli uomini nel giuridico rapporto d'uomo a uomo, poi nei rapporti eventuali fondati negli atti di acquisto in seguito nello stato di famiglia, in fine come cittadini nello Stato, e per ultimo ancora i diritti reciproci degli Stati. Per lo contrario se si tratta la scienza del diritto senza favellare del diritto privato, si pone subito l'uomo nello stato civile; si parte dall'idea di una società la quale deve assicurare dei diritti che per anco non si è imparato a conoscere. Senza trattare preventivamente del diritto di contratto

(1) I giureconsulti che qualificano il rapporto esistente fra gli Stati simile a quello degli uomini indipendenti della natura, per uno stato senza giustizia; trattano, com'è facile a vedersi, il diritto delle genti in poche pagine; ed invece, per avvicinarsi all'idea di una pace perpetua, rimettono i popoli ad una comunione non dissimile dalla costituzione civile. Sicome però essi medesimi riconoscono quanto sieno lontani gli Stati da questo scopo, dovrebbesi almeno considerare, se nei tempi presenti sia giovevole a questo sperato avvicinamento il rendere ambigua fra i popoli quella norma di diritto proposta dal filantropo Grozio e da' suoi seguaci per la sicurezza dell'umanità, oppure il dimenticare affatto, proclamando in vece apertamente che il rapporto degli Stati è una reciproca guerra continua ed uno stato d'ingiustizia.

non si può stabilire la base della società civile, e siccome i diritti di cittadino a cittadino sono soltanto modificazioni dei diritti originarj e acquisiti degli uomini, ci troviamo sempre nella necessità di rivolgere l' attenzione a questi diritti, e si corre pericolo di confondere il diritto positivo col naturale, e la filosofia del diritto positivo colla scienza del diritto naturale.

§ 196.

Dalle precedenti considerazioni (§ 193 e 194) si rileva ad evidenza che nello stato di natura non si può ammettere una generale ricognizione dei diritti, nè una forza sufficiente per esercitarli liberamente in tutti i casi o nella maggior parte di essi. Amendue cotesti oggetti esigono una riunione per avere una reciproca difesa dei diritti sotto una forza superiore, che con chiare e determinate leggi faccia conoscere quelli che a tutt' i membri competono, giudichi de' medesimi, quando vengono controversi, con una decisione che abbia forza di legge (non soggetta ad ulteriore revisione), e colla minaccia e coll' esercizio della coazione, a cui per la unione delle forze tutte non si possa resistere, assicuri i diritti di tutti gl' individui. Questa riunione è appunto quella che costituisce lo Stato. Pertanto siccome egli è certo che il diritto e la giustizia debbono avere una piena efficacia; così pure è certa la necessità e la santità degli stati, delle giuridiche determinazioni de' quali si deve trattare nel diritto pubblico.

INDICE.

Prefazione dell' Autore . . . . . Pag. 3

INTRODUZIONE.

SEZIONE I.

Nozione del diritto e principj fondamentali della scienza di esso . . . . . » 5

SEZIONE II.

Delle parti e de' limiti del diritto di Natura e dell' uso del diritto privato naturale . . » 24

SEZIONE III.

Delle fonti principali e sussidiarie della storia e letteratura del diritto privato naturale . » 41

PARTE PRIMA.

Diritto privato fuori della società.

SEZIONE I.

Dei diritti innati . . . . . » 58

SEZIONE II.

Dei diritti acquisiti.

Articolo I.

Dell' acquisto immediato.

Capitolo Primo.

Della occupazione e de' suoi effetti . . . . » 79

Capitolo Secondo.

Delle conseguenze legali della proprietà . . » 105

SEZIONE III.

Dell' acquisto mediato.

CAPITOLO PRIMO.

De' contratti in genere . . . . . Pag. 124

CAPITOLO SECONDO.

Dei contratti in specie . . . . . » 164

PARTE SECONDA.

Diritto privato di società.

CAPITOLO PRIMO.

Del diritto di società in genere . . . . . » 195

CAPITOLO SECONDO.

Del diritto particolare di società . . . . » 206

APPENDICE

Dei mezzi di difendere i diritti nello stato di natura . . . . . » 229

4642

22 APR. 1950

ZEILLER

DIRITTO

PRIVATO

ANT
A
7

un uso esclusivo, in che appunto consiste la presa di possesso.

§ 66.

Tuttavia la volontà potrebbe anch' essere ma-

immediatamente la si turba, mentre una cosa è detenuta da un altro (§ 60), senza render vani i